

STEFAN MOMMER

DIE BEDEUTUNG DES VERSCHULDENS
IM GEGENWÄRTIGEN SYSTEM DES RECHTS DER
UNERLAUBTEN HANDLUNGEN

1972



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554401_0014

DIE BEDEUTUNG DES VERSCHULDENS IM GEGENWÄRTIGEN
SYSTEM DES RECHTS DER UNERLAUBTEN HANDLUNGEN

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

Assessor Stephan Mommer

MAINZ 1972

1. Berichterstatter:

Professor Dr. Klaus Müller

2. Berichterstatter:

Professor Dr. Walther Hadding

Tag der mündlichen Prüfung:

13. Juli 1972



Gesamtherstellung:

DITTERS BÜRODIENST
Heidesheim b. Mainz
Ruf (06132) 5711

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1	EINLEITUNG	1
§ 2	DIE VERSCHIEDENEN AUFFASSUNGEN DER SCHULD	4
	1. Psychologischer und normativer Schuldbegriff	4
	2. Die Aktualität des Verschuldenszusammenhangs	4
	3. Das Postulat der aktuell gegebenen Willensfreiheit in BGHSt (GS) 2, 194 ff	5
	a) Daraus folgende Widersprüche bei den automatisierten Handlungs- bereitschaften	6
	b) ... bei den Verhaltensvoraussetzungen	8
	c) Ergebnis	8
	4. Willensfreiheit und Schuldverständnis	8
	a) Bei Welzel	8
	b) Bei Arthur Kaufmann	11
	c) Zusammenfassung	12
§ 3	DER SUBJEKTIVE SCHULDBEGRIFF ALS VERGLEICHSBEGRIFF ZUR FESTSTELLUNG DES UMFANGS DER SCHULDOBJEKTIVIERUNG IM RECHT DER UNERLAUBTEN HANDLUNG	13
	1. Übernahme des subjektiven Schuldbegriffs ins BGB?	13
	2. Der Einfluß des Einordnungsproblems von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Tatbestand auf die Unter- suchung	15
§ 4	SCHULDFÄHIGKEIT, ZURECHNUNGSFÄHIGKEIT UND DELIKTS- FÄHIGKEIT	16
	I. Die Zurechnungsfähigkeit, § 827 BGB	16
	II. Die Deliktsfähigkeit, § 828 BGB	18
	1. Intellektuelle und voluntative Reife	18
	2. Die doppelte Prüfung der Einsichtsfähigkeit in der Rechtsprechung	19
	3. Die Korrektur dieser Rechtsprechung durch Verneinung des Ver- schuldens und analoge Anwendung des § 829 BGB	20

4. Kritik und Reform	21
5. Zusammenfassung	22
III. Die Billigkeitshaftung, § 829 BGB	22
IV. Zusammenfassung	23
§ 5 DER VORSATZ	24
1. Direkter Vorsatz	24
2. Bedingter Vorsatz	25
3. Rechtsprechung zum bedingten Vorsatz bei § 826 BGB	27
4. Tatbestandskenntnis, Unrechtsbewußtsein	28
5. Kenntnis des Schadensumfangs?	29
§ 6 DAS UNRECHTSBEWUSSTSEIN	30
1. Unrechtsbewußtsein und Handlungslehre	30
2. Fragestellung	30
3. Die Rechtsprechung im Strafrecht	31
4. Vorsatz- und Schuldtheorie am Beispiel von BGH NJW 62, 910	31
5. Übernahme der Schuldtheorie in das Zivilrecht?	32
6. Übernahme der Schuldtheorie beim strafrechtlichen Schutzgesetz in § 823 Abs. 2 BGB	34
a) Vollständige Verweisung auf das Schutzgesetz	36
b) Sonstige Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB	37
§ 7 DER VERGLEICHSBEGRIFF FÜR DIE FAHRLÄSSIGKEIT	38
I. Individuelle Fahrlässigkeit als erster Vergleichsbegriff	38
II. Die im Höchstmaß erforderliche Sorgfalt als weiterer Vergleichsbegriff	39
1. Die Notwendigkeit eines weiteren Vergleichsbegriffs	39
2. Die im Höchstmaß erforderliche Sorgfalt	40
3. Die Vereinbarkeit dieses Vergleichsbegriffs mit den Fahrlässigkeitstheorien	40

a) Mit den subjektiven Theorien	41
aa) ... mit Doppelmaßstab	41
bb) ... mit Einheitsmaßstab	41
b) Mit dem Einheitsmaßstab der objektiven Theorien	42
c) Mit den normativen Theorien	42
III. Vergleichsbegriff als Doppelmaßstab	43

§ 8 DIE AUFFASSUNG DER FAHRLÄSSIGKEIT IN DER LITERATUR 44

I. Die subjektiven Theorien der Fahrlässigkeit 44

1. Ältere Subjektivisten 44

a) Insbesondere Brodmann, Leonhard und Zitelmann 44

b) Vergleich mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe 45

aa) Mit der individuellen Fahrlässigkeit 45

bb) Mit dem Höchstmaß erforderlicher Sorgfalt 46

cc) Ergebnis 46

2. Moderne Subjektivisten 46

a) Nipperdey 46

aa) Sozialadäquates Maß der Sorgfalt als Rechtswidrigkeitsurteil 47

bb) Individuelle Fahrlässigkeit als Schuldurteil 47

b) Vergleich mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe 48

aa) Individuelle Fahrlässigkeit und Beweislast 48

bb) Sozialadäquanz als Höchstmaß erforderlicher Sorgfalt 49

cc) Ergebnis 50

II. Die Auffassung der Fahrlässigkeit bei v. Caemmerer 50

III. Die normative Auffassung der Fahrlässigkeit 50

1. Ihre Begründung durch Esser 50

2. Die Fortführung der Ansicht Essers durch Hainmüller 52

3. Vergleich mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe 52

4. Ergebnis 53

IV. Die Fahrlässigkeit bei Wiethölter 53

§ 9 DER FAHRLÄSSIGKEITSBEGRIFF DER RECHTSPRECHUNG UND DER HERRSCHENDEN LEHRE 55

I. Darstellung des Fahrlässigkeitsbegriffs 55

II. Beispiele für die weitgehende Objektivierung der Fahrlässigkeit in der Rechtsprechung	57
1a BGH VersR 62, 250 ff (Hausarzt, Luminalspritze)	57
1b BGH NJW 61, 601 (Amtsarzt, Reihenröntgenuntersuchung)	58
2. Rechtsanwälte und Notare	59
3. BGH VersR 68, 395 (Lastzugführer, Bedienung des Bremsdruckregelventils)	59
4. OLG Koblenz VersR 69, 244 (Sehbinderter Versicherungsnehmer einer Kfz-Haftpflichtversicherung)	60
5. BGH JZ 68, 103 (Verkehrsunfall infolge eines unbekannten Augenfehlers des Fahrers)	61
6. BGH LM Nr. 15 (C) zu § 286 ZPO (Notbehelfsoperation am 23.4.1945)	61
III. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis nach Hainmüller	63
1. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis des 1. Typs	63
2. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis des 2. Typs	64
3. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis des 3. Typs	65
4. Stellungnahme	66
IV. Vergleich des Fahrlässigkeitsbegriffs der Rechtsprechung mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe	67
1a Gewährleistungselement des Fahrlässigkeitsbegriffs der Rechtsprechung und herrschenden Lehre	67
b Abweichende, subjektive Auffassung des Fahrlässigkeitsbegriffs der Rechtsprechung und herrschenden Lehre durch Kaduk und Erman	68
2. Die Anforderungen bei überdurchschnittlichen Fähigkeiten	68
3. Ergebnis	69
§ 10 DAS HAFTUNGSSYSTEM DES BGB	70
I. Der Haftungsgrund	70
1. Die Grundtatbestände	70
2. Der Kreis der Anspruchsberechtigten	72
II. Der Haftungsumfang	72
1. Seine Einschränkung durch die Adäquanz	73
2. Seine Einschränkung durch den Rechtswidrigkeitszusammenhang	73

	a) Bei § 823 Abs. 2 BGB	74
	b) Bei § 823 Abs. 1 BGB	74
	c) Die Auffassung von Larenz	75
3.	§§ 254, 847, 851 BGB	75
4.	Die Haftung für Folgeschäden ohne Verschulden	76
	a) Die Auffassung von Fikentscher und Stoll	76
	b) Die Auffassung von Deutsch	77
5.	Reformvorschlag des 43. DJT und des Referentenentwurfs	78
6.	Zusammenfassung	79
§ 11	DIE VERKEHRSPFLICHTEN DES § 823 ABS. 1 BGB UND DIE HAFTUNG FÜR VERMUTETES VERSCHULDEN, §§ 831-838 BGB	80
	I. Die Verkehrssicherungspflichten	80
	II. Die Produkthaftung wegen Verletzung betrieblicher Organisationspflichten	82
	III. Die Haftung für Verrichtungsgehilfen, § 831 BGB	84
	1. § 831 BGB als Verschuldenshaftung	84
	2. Die Unzulänglichkeit des § 831 BGB	84
	3. Der Vorschlag des Referentenentwurfs	84
	4. Kritische Würdigung des Vorschlags	85
	a) Seine Unvereinbarkeit mit dem subjektiven Verschuldensbegriff	85
	b) Seine Unvereinbarkeit mit dem objektiven Verschuldensbegriff	85
	c) Keine Differenzierung zwischen Groß-, Kleinbetrieb und Haushalt	86
	d) Vorwegnahme des Reformvorschlags durch die Versicherungspraxis	86
	IV. Die Verletzung der Aufsichtspflicht, § 832 BGB	87
	1. Vergleich mit § 831 BGB	87
	2. Der Widerspruch zwischen der familienrechtlichen und der deliktischen Aufsichtspflicht	88
	3. Rechtsprechung und Reformgedanken	89
	V. Die Tierhaftung, §§ 833, 834 BGB	90
	VI. Die Gebäudehaftung, §§ 836, 837, 838 BGB	91

§ 12 DIE SITTENWIDRIGE SCHÄDIGUNG, § 826 BGB

I. Die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB	92
1. Die Sittenwidrigkeit	92
2. Der Vorsatz bei § 826 BGB	93
a) Der Schädigungsvorsatz	93
b) Die Kenntnis des objektiven Tatbestandes der Sittenwidrigkeit	94
c) Kausalzusammenhang zwischen Sittenwidrigkeit und Schaden	95
II. Leichtfertiges, grobfahrlässiges (gewissenloses) Verhalten als Sittenverstoß	95
A. Darstellung der Rechtsprechung	95
1. Die Rechtsprechung bei Gutachten eines Sachverständigen	96
a) Eines Architekten	96
b) Eines Diplom-Ingenieurs	98
c) Eines Maschinenschätzers	98
d) Eines Kfz-Sachverständigen	98
e) Der gerichtliche Sachverständige	99
2. Die Rechtsprechung bei Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern	99
a) Insbesondere bei Wirtschaftsprüfern	99
b) Bei Steuerberatern	103
3. Die Rechtsprechung bei nicht neutralen, eigeninteressierten Sachverständigen usw.	103
a) Einer Treuhandgesellschaft als Kommanditistin und eines Handlungsbevollmächtigten im Konkurs einer Fischkonservenfabrik	103
b) Einer Gesellschaftergeschäftsführerin	108
c) Handlungsbevollmächtigter und Gesellschaftergeschäftsführerin im besonderen	109
d) Kritische Würdigung	109
4. Die Rechtsprechung bei Warenherstellern (Kalkmännchen)	110
B. Kritische Untersuchung der vier Fallgruppen	110
1. Bestehen gemeinsame Merkmale?	111
a) Der Verstoß gegen Berufsregeln	111
b) Die Vertrauensstellung in der Öffentlichkeit	111

	c) Ausscheiden der 3. Fallgruppe	111
	d) Zusammenfassung	112
	2. Sind die Anforderungen an den Sittenverstoß wegen leichtfertigen, grobfahrlässigen (gewissenlosen) Verhaltens geringer?	112
	a) Berufsregelverstoß – Sittenverstoß	112
	b) Prüfung an Hand der Rechtsprechung, ob immer die Kenntnis der Umstände vorlag, die den Berufsregelverstoß begründen	113
	3. Ist die Kenntnis dieser Umstände erforderlich? Prüfung an Hand der Rechtsprechung	115
	4. Ergebnis	117
	III. Sittenwidrigkeitszusammenhang?	117
	1. Eine naheliegende Forderung aus dem Funktionszusammenhang in der Wirtschaft	117
	2. ... und aus dem Zweck der Bilanzen und Gutachten. Prüfung an Hand der Rechtsprechung	118
	3. Stellungnahme	119
	IV. Ergebnis	119
§ 13	DER EINFLUSS DER TATBESTANDSTYPEN AUF DIE ENKLAVE DER VERURSACHUNGSHAFTUNG BEIM UMFANG DER FOLGESCHÄDEN	121
	1. Fälle der Identität des Folgeschadens bei § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB	121
	2. Fälle der Konkurrenz innerhalb des § 823 Abs. 1 BGB	123
	3. Qualifizierteres Verschulden beim Schutzgesetz als bei § 823 Abs. 1 BGB	124
	4. Schädigungsvorsatz beim Schutzgesetz	125
	5. Rechtswidrigkeitszusammenhang beim Schutzgesetz	125
	6. Schuldtheorie beim OWiG	125
§ 14	DIE PROPORTIONALITÄT VON SCHULD UND HAFTUNG	126
	I. Ihre Ablehnung im System des Rechts der unerlaubten Handlung	126
	II. Ihre Bedeutung in der Genugtuungsfunktion des § 847 BGB	126

§ 15	DER EINFLUSS VON VERHALTENSGESETZEN UND VERHALTENSNORMEN AUF DIE HAFTUNG NACH § 823 ABS. 1 BGB	129
	I. § 823 Abs. 1 BGB und die verhaltensbezogene Unrechtslehre	129
	II. Festlegung der Verhaltensanforderungen?	130
	1. Auf das Maß der Verhaltensregeln?	130
	2. Auf das Maß der Verhaltensnorm?	131
	a) Liegt Subsidiarität des § 823 Abs. 1 BGB vor?	132
	b) Liegt Spezialität der Verhaltensnorm vor?	132
	c) Der Sonderfall des notwendig korrespondierenden Verhaltens	132
	3. Die Rechtsprechung des BGH zum Problem der Sonderregelung	133
	4. Kritische Würdigung der Rechtsprechung	136
§ 16	ZUSAMMENFASSUNG UND STELLUNGNAHME	138
	1. Kann das Postulat der aktuell gegebenen Willens- freiheit aufgegeben und der Verschuldenszusammen- hang auf die Verletzung einer allgemeinen sitt- lichen Pflicht bezogen werden?	138
	a) Die Vereinbarkeit eines solchen sittlichen Schuldbegriffs mit der Funktion des objektiven Verschuldensbegriffs	139
	aa) Der Prävention	139
	bb) Der Zurechnung der Schadensersatzpflicht	139
	cc) Dem Schutz der Handlungsfreiheit	140
	dd) Ergebnis	140
	b) Der sittliche Schuldbegriff als Anforderung zur Ausbildung von Fähigkeiten und Einstellungen. Seine rechtliche Durchführbarkeit	140
	c) Ergebnis	142
	2. Die Haftung für Individualität	142
	a) Ist für anlage- oder konstitutionsbedingte Schäden eine Verschul- denshaftung überhaupt möglich?	143
	b) Rümelin und Strohal: Haftung für Individualität	143
	c) Billigkeitshaftung für diese Fälle, Reformvorschlag	144

LITERATURVERZEICHNIS

- Aebi, Hans Kaspar Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht. (Diss. Zürich) Winterthur 1957
- Baumann, Jürgen Strafrecht, Allgemeiner Teil. 5. Aufl., Bielefeld 1968
- Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht. AcP 155, 495 - 519
- Baur, Fritz Urteilsanmerkung zu BGH JZ 62, 94 in JZ 62, 95/96
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht. 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1969
- Boscher, Walter Haftung Minderjähriger und ihrer aufsichtspflichtigen Eltern - eine Übersicht über die Rechtsprechung -, VersR 64, 888 - 899
- Bremer, Heinz Der Sachverständige. Heidelberg 1963
- Brodmann Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers. AcP 99, 327 - 406
- Brox, Hans Allgemeines Schuldrecht. 3. Aufl., München 1972
- Besonderes Schuldrecht. 2. Aufl., München 1972
- v. Caemmerer, Ernst Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht. Freiburg 1956
- Wandlungen des Deliktsrechts, in Festschrift deutscher Juristentag 1960
- Die absoluten Rechte im § 823 Abs. 1 BGB, in Karlsruher Forum 1961, S. 19-27
- Cosak, Konrad und
Mitteis, Heinrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
1. Band, 8. Aufl., Jena 1927
- Dernburg, Heinrich Die Schuldverhältnisse. 1. Abteilung, Allgemeine Lehren, Halle, 3. Aufl., 1905
- Deutsch, Erwin Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände. JZ 63, 385 - 391
- Zurechnungsfähigkeit und Verschulden, ein Beitrag zum Anwendungsgebiet des § 829 BGB. JZ 64, 86-91
- Privilegierte Haftung und Schadensfolge. NJW 66, 705 - 711
- Urteilsanmerkung zu BGH 51, 91 ff in JZ 69, 391-393

- Deutsch, Erwin Anm. zu BGH Urteil v. 2.7.1968 zu § 823 Abs. 2 (abgedruckt in JZ 69, 232 = FamRZ 68, 587) in JZ 69, 233-235
- Schmerzensgeld und Genugtuung. JuS 69, 197-204
- Urteilsanmerkung zu OLG Celle JZ 71, 548, in JZ 71, 548/49
- Diederichsen, Uwe Urteilsanmerkung zu BGH 51, 91 ff in NJW 69, 269-271
- Dölle, Hans Gutachten zum 34. deutschen Juristentag über die Frage: "Empfiehl es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern?" S. 98-178
- Enneccerus, Ludwig Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889
- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einleitung, Allgemeiner Teil, 6.-8. Aufl., Marburg 1911
- 12. Bearbeitung, Marburg 1928
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1./2. Hälfte, 15. Aufl., Tübingen 1960
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Entwurf 1962 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung - Bundesratsvorlage - Bundesrat Drucksache 200/62
- Erman, Walter Handkommentar zum BGB, 4. Aufl., Münster 1967
- Esser, Josef Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. 2. Aufl., München 1969
- Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970
- Schuldrecht, Bd. 2, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
- Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts. JZ 53, 129-134
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht. 3. Aufl., Berlin, New York 1971
- Frank, Reinhard Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen, 1907, S. 521-547
- Gaede, Berthold Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, Diss. Köln 1970

- Geilen, Gerd Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht. JZ 64, 6-13
- Beschränkte Deliktsfähigkeit, Verschulden und Billigkeitshaftung (§ 829). FamRZ 65, 401-408
- Gierke, Otto Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts. 2. Aufl., München 1971
- Göhler, Erich Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. JZ 68, 583-591, 613-622
- Hainmüller, Dietmar Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadenersatzprozess. Tübingen 1966
- Hafferburg, A. Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht. NJW 59, 1398 - 1402
- Hauss, Fritz Referat, in Verhandlungen 43. Deutscher Juristentag, Bd. 2, Sitzungsberichte 1960
- Henle, Rudolf Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Bd. Schuldrecht, 1934
- v. Hippel, Eike Zur Haftung Aufsichtspflichtiger für durch Kinder verursachte Schäden. FamRZ 68, 574/75
- v. Hippel, Robert Deutsches Strafrecht. Bd. 2, Berlin 1930
- Huber, Ulrich Normzweck und Adäquanztheorie. JZ 69, 677-683
- Ihering, Rudolph Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Giessen 1867
- Immenga, Ulrich Aufsichtspflichtverletzung und Gleichberechtigung. Ein Beitrag zur Haftung des Mannes bei Aufsichtspflichtverletzungen der Frau. FamRZ 69, 313-319
- Kaufmann, Arthur Das Schuldprinzip. Heidelberg 1961
- Köndgen, Johannes Haftung aus § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB trotz feststehender Ersatzpflicht? (Anm. zu BGH NJW 71, 506), in NJW 71, 871-872
- Lange, Heinrich Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang. AcP 156, S. 114-136
- Lange, Hermann Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag über die Frage: "Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadenersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?" in Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. 1

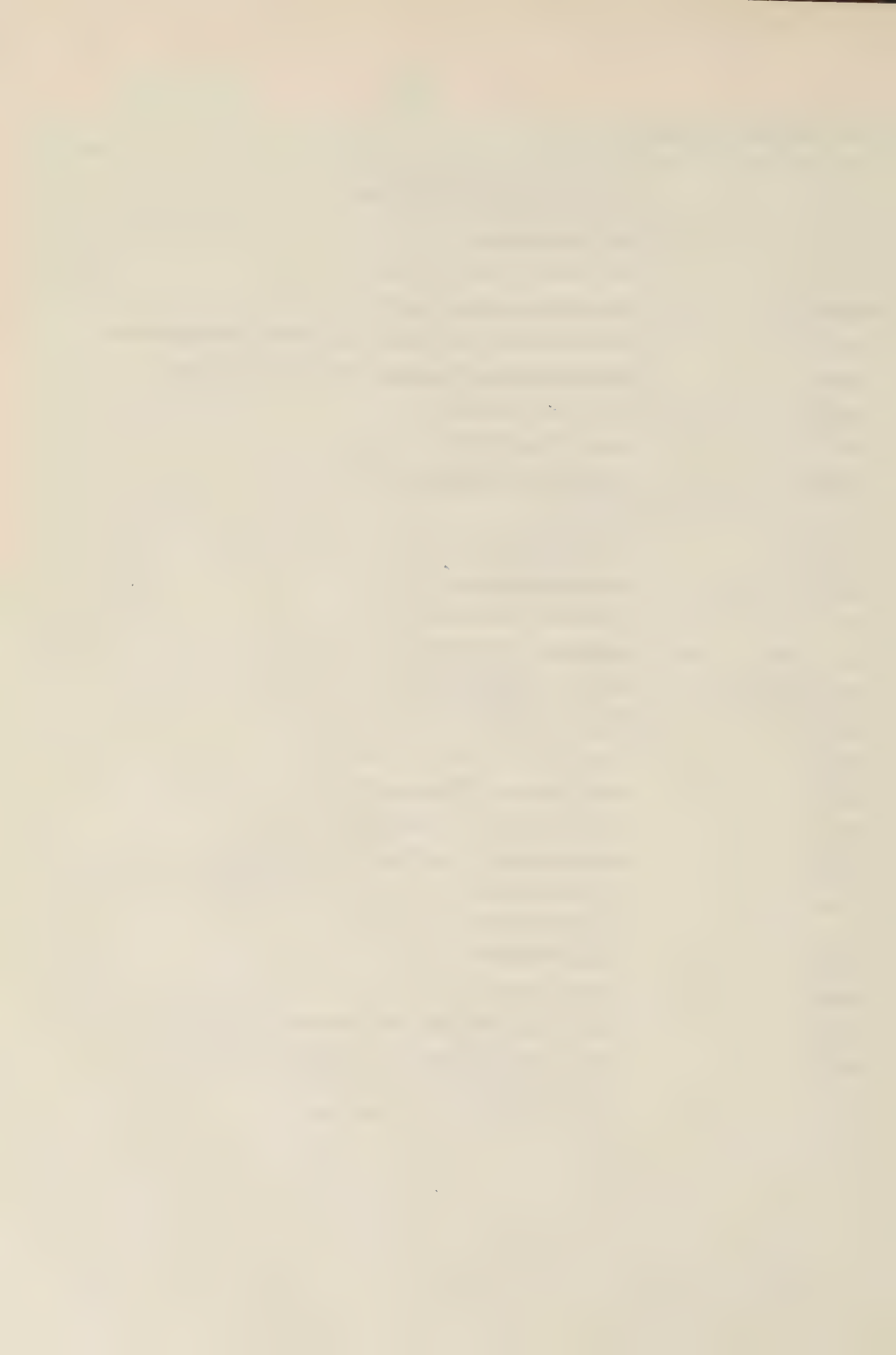
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970
-	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Besonderer Teil, 10. Aufl., München 1972
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Bd. - München und Leipzig 1929
v. Liszt, Franz	Die Deliktobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs. Kritische und dogmatische Randbemerkungen. Berlin 1898
Mataja, Victor	Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie. Leipzig 1888
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965
Maier, Günter	Die Haftung der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater aus § 826 BGB. Betrieb 56, 1149/1150
Mertens, Hans-Joachim	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
Mezger, Edmund	Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Berlin, München 1950
-	Kurzlehrbuch, Strafrecht I, 9. Aufl., München und Berlin 1960
Mezger-Blei	Kurzlehrbuch, Strafrecht I, 14. Aufl., München 1970
Münzberg, Wolfgang	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung. Frankfurt 1966
Neflin, Hermann	Die Haftung des Wirtschaftsprüfers wegen "sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung", BB 57, 496/497
Niese, Werner	Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Tübingen 1951
-	Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht. JZ 56, 457-470
Nipperdey, Hans Carl	Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen, in Arbeitsbericht Nr. 14 der Akademie für deutsches Recht, Berlin 1940, S. 36-49
-	Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht. (zu BGH (GS) 24, 21 ff), NJW 57, 1777-1782
-	Tatbestandaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände. NJW 67, 1985-1994
Ostler, Fritz	Anwaltpflichten und Anwaltshaftpflicht im Prozess. NJW 65, 1785-1791
Palandt, Otto	Kommentar zum BGB, 31. Aufl., München 1972

Raiser, Ludwig	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht. JZ 61, 465-473
Referentenentwurf	eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften. Karlsruhe 1967 Bd. I, Wortlaut Bd. II, Begründung
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum BGB, 11. Aufl., I. Band, 2. Teil - Berlin 1960
Rümelin, Max	Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg und Leipzig 1896
-	Der Zufall im Recht. Freiburg und Leipzig 1896
-	Verschulden im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1909
-	Schadenersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910
Scheffler, Friedrich	Anwaltpflichten - Anwaltsverschulden. NJW 61, 577-582
Schmidt, Eike	Kompensation der Pflichtwidrigkeit durch nachfolgendes pflichtgemäßes Verhalten? (zu BGH VersR 69, 895 ff) in VersR 70, 395-402
Schnitzerling, Manfred	Die Aufsichtspflicht über Minderjährige im Straßenverkehr. DAR 67, 151-156
Siber, Heinrich	Schuldrecht, Leipzig 1931
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 10. Aufl., 2. Bd, Stuttgart 1967 10. Aufl., 3. Bd, Stuttgart 1969
Spiegel	Die strafrechtliche Verantwortung des Kraftfahrers für Fehlreaktionen. DAR 68, 283-292
v. Staudinger, J.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 10./11. Aufl., Bd. II, Teil 1c, Berlin 1967 11. Aufl., Bd. II, Teil 3, Berlin 1957
Stoll, Hans	Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht. Tübingen 1968
Teichmann, Arndt	Urteilsanmerkung zu BGH NJW 70, 1038 = VersR 70, 467 = JZ 70, 616 in JZ 70, 617-619
v. Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 2. Hälfte, München und Leipzig 1918
Wahl, E.	Das Verschuldensprinzip im künftigen Schadensersatzrecht, in Nipperdey, Arbeitsbericht Nr. 14 der Akademie für deutsches Recht. Berlin 1940, S. 17-35
Waibel, Erich	Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen. Diss. München 1970

Weimar	Haftung des Sachverständigen bei fehlerhaften Gutachten. VersR 55, 263-165
Weitnauer, H.	Gedanken zu Problemen der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens. VersR 61, 1057-1063
Welzel, Hans	Das deutsche Strafrecht. 11. Aufl., Berlin 1969
-	Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Göttingen 1951
-	und Göttingen 1962, 4. Aufl.
-	Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Karlsruhe 1961
Wiethölter, Rudolf	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Karlsruhe 1960
-	§ 823 Abs. 2 BGB und die Schuldtheorie (zu BGH JZ 63, 218 = BGH NJW 62, 910) in JZ 63, 205-210
Wilburg, Walter	Referat, in Verhandlungen 43. Deutscher Juristentag. Bd. 2, Sitzungsberichte, 1960
Wolf, Manfred	Der Ersatzberechtigte bei Tatbeständen sittenwidriger Schädigung. NJW 67, 709-712
Zitelmann, Ernst	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgem. Teil. Leipzig 1900
Zeuner, Albrecht	Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht. JZ 66, 1-9

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BB	Der Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BGH LM	Lindenmaier-Möhning Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
DAR	Deutsches Autorecht
DJT	Deutscher Juristentag
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GS	Großer Senat
i. V.	in Verbindung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Karlsruher-Forum	Beilage zur Zeitschrift Versicherungsrecht
KLB	Kurzlehrbuch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdJ	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungs- und Bausparwesen
VersR	Versicherungsrecht
VRS	Verkehrsrechtssammlung
WiBGL	Gesetze der Verwaltung der Vereinigten Wirtschaftsgebiete
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Wertpapier und Bankfragen, Rechtsprechung
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht



§ 1 EINLEITUNG

Das System des Rechts der unerlaubten Handlungen beruht auf dem Verschuldensprinzip. Die Haftung für eine unerlaubte Handlung steht damit in einem Gegensatz zur Gefährdungshaftung, bei der ein Verschulden des Haftenden nicht vorausgesetzt wird. Die besondere Ausgestaltung des Verschuldensprinzips im BGB führt jedoch dazu, diesen Gegensatz zu verwischen, weil durch diese Ausgestaltung des Verschuldensprinzips eine Haftung in Fällen bejaht wird, in denen kein Verschulden des Haftenden mehr festgestellt werden muß oder kann.

Diese Folge der Ausgestaltung des Verschuldensprinzips im BGB wurde bereits bei der Abfassung des BGB je nach Standpunkt leidenschaftlich angegriffen oder nüchtern festgestellt.

O.v. Gierke forderte in seiner Stellungnahme zum 1. Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich die konsequente Durchführung des Verschuldensprinzips. Er rügte, daß die Bemessung des Schadenersatzes "ohne alle Rücksicht auf den Grad des Verschuldens und die sonstigen Umstände des Falles durch eine einförmige mechanische Schablone geregelt" ¹⁾ würde. Auch führe die absolute Gleichstellung vorsätzlicher Handlungen mit jeder geringen Fahrlässigkeit zu "unerträglichen Unbilligkeiten". ²⁾ Andererseits fordere die Gerechtigkeit, "daß der boshafte Sachbeschädiger einen möglichst ausgiebigen Ersatz leiste und insbesondere auch für das Affektionsinteresse hafte". ³⁾

O.v. Gierke forderte also die Proportionalität zwischen dem Maß der Schuld und dem Umfang der Schadenersatzleistung. Diese ist durch das Alles- oder Nichts-Prinzip des BGB allerdings nicht gegeben. Eine andere Seite der Ausgestaltung des Verschuldensprinzips im BGB ist die Auffassung der Fahrlässigkeit "als die Abweichung des zurechnungsfähigen Menschen von einem für sein Verhalten vorausgesetzten Normaltypus". ⁴⁾

Siber ⁵⁾ kritisierte diese Objektivierung der Fahrlässigkeit und forderte die Berücksichtigung der individuellen geistigen oder körperlichen Beschaffenheit des Täters. Da sich die weitaus herrschende Meinung mit der Feststellung der Zurechnungsfähigkeit begnüge, wäre

1) Gierke, S. 198

2) Gierke, S. 266

3) Gierke, S. 266

4) Rümelin, Verschulden, S. 52

5) Siber in Planck-Siber, § 276 Anm. 2 b, β, bb, S. 221

der Täter, so Siber, "für ein Verhalten, dessen Rechtswidrigkeit er nicht erkennen konnte, verantwortlich, weil seine Einsicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit für andere Handlungen, die er gar nicht begangen" ¹⁾ habe, ausreichen würde. Diese Haftung für Fahrlässigkeit wäre eine solche ohne Verschulden. Sie führe "mitten im Gebiet der Verschuldenshaftung" zu einer "Enklave von Verursachungshaftung, die willkürlich und prinziplos abgegrenzt wäre". ²⁾

Für Rümelin war die Objektivierung der Fahrlässigkeit problemlos. Er verwendete sie darüber hinausgehend als Argument für eine Billigkeitshaftung Unzurechnungsfähiger. ³⁾ "Das Zivilrecht fragt nicht nach moralischer Schuld, es unterscheidet nicht zwischen Willens- und Intelligenz-Fehlern und läßt die Berufung auf angeborene geistige Beschränktheit niemals gelten". ⁴⁾ Die Fahrlässigkeit sei daher "als Abweichung von einem in den einzelnen Situationen verschieden bestimmten Normalmaß" ⁵⁾ zu verstehen. Daher könne man, so Rümelin in einer berühmt gewordenen Formulierung, die Rücksicht auf den Schadensstifter fallen lassen und ihm, "mit der Motivierung, daß Dummheit zwar keine Sünde aber ein Unglück sei", ⁶⁾ schadenersatzpflichtig machen.

Diese gegensätzlichen Standpunkte werden auch heute noch vertreten. Dem Standpunkt von Siber kommt heute Nipperdey am nächsten. Fahrlässiges Verschulden setzt nach ihm voraus, daß der Schaden "unter Berücksichtigung der nicht vom Willen abhängigen geistigen und körperlichen Eigenschaften gerade dieses Täters voraussehbar und die Handlung von ihm beherrschbar" ⁷⁾ gewesen ist.

Eine noch weitergehende "Schuldobjektivierung" als sie durch die vorliegende Ausgestaltung des Verschuldensprinzips gegeben ist, befürwortet neuerdings Geilen. ⁸⁾ Vom Standpunkt der Schuldtheorie aus will er für das Zivilrecht die bestehende Typisierung des Fahrlässigkeitsvorwurfs auf die "Vorsatzvorwerfbarkeit" ⁹⁾ ausdehnen. Sowohl für die umstrittene Frage des Verbotsirrtums als auch für den Vorsatz bei voluntativer Unreife Minderjähriger, soll

1) Siber, aaO

2) Siber, aaO

3) Rümelin, Gründe, S. 68/69; ders., Schadenersatz, S. 52/53

4) Rümelin, Gründe, S. 68/69

5) Rümelin, Verschulden, S. 50; ders., Zufall, S. 24

6) Rümelin, Gründe, S. 5

7) Enn.-Nipperdey, § 213 III 2, S. 1321, vgl. auch seine mit Siber übereinstimmende Kritik an der h.L. auf S. 1322

8) Geilen, JZ 64, 6 (8 III)

9) Geilen, JZ 64, 9 (r. Sp.)

§ 2 DIE VERSCHIEDENEN AUFFASSUNGEN DER SCHULD

1. Psychologischer und normativer Schuldbegriff

Das Wesen der Schuld sah man im 19. Jhd. in einem psychologischen Sachverhalt. Die Schuld war die psychische Beziehung des Täters zum verursachten Erfolg.¹⁾ Heute wird das Wesen der Schuld im Werturteil der Rechtsordnung über den Täter gesehen (normativer Schuldbegriff). Dies wurde für das Strafrecht im Beschluß des Großen Strafsenats vom 18.3.52 wie folgt umrissen: "Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können".²⁾

Dieser normative Schuldbegriff ist heute in Lehre und Praxis des Strafrechts herrschend.³⁾ Anderer Ansicht ist Baumann, nach dem das Schuldurteil zwar heteronom ist, die Schuld selber aber autonom. Überspitzt formuliert, so Baumann, bestimme also der Täter über seine Schuld.⁴⁾ Diese Auffassung wird von der Zivilrechtslehre nicht geteilt. Auch dort wird überwiegend das Wesen der Schuld im rechtlichen Werturteil gesehen.⁵⁾

2. Die Aktualität des Verschuldenszusammenhangs

"Verschulden ist also persönliche Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung".⁶⁾ Zwischen dieser Handlung und dem Schuldvorwurf muß ein Zusammenhang bestehen. Die bloße Kausalität reicht nicht aus, sondern es muß gerade der Schuldvorwurf für diese Handlung durch den Zusammenhang begründet werden.

Dieser Verschuldenszusammenhang führt in den normativen Schuldbegriff ein zeitliches, aktuelles Element ein, durch welches der Charakter der Schuld als Tatschuld – im Gegensatz zur Täterschuld eines evtl. weiteren Schuldbegriffes – noch stärker betont wird. Dieses Zeitmoment wird durch die Bejahung eines Übernahmeverschuldens im Zivilrecht bei der

1) Enn.-Nipperdey, § 213 I, S. 1318, Frank, Aufbau, S. 521 ff.

2) BGHSt (GS) 2, 194 (200)

3) Enn.-Nipperdey, § 213 I, S. 1319; Mezger-Blei, § 48, S. 157, bahnbrechend war Frank's Untersuchung über den Aufbau des Schuldbegriffs 1907. "Schuld ist Vorwerfbarkeit", Frank, s. 529.

4) Baumann, Strafrecht, § 24 II, S. 359.

5) Enn.-Nipperdey, § 213 II, S. 1319; Deutsch Fahrlässigkeit, S. 78; Larenz I, § 20 I, S. 204; Larenz II, § 71 I 3 d, S. 453

6) Enn.-Nipperdey, § 213 I, S. 1319

Fahrlässigkeit und bei der *actio libera in causa* für Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht nur unwesentlich erweitert. Diese Erweiterung ändert jedenfalls nichts an der Feststellung, daß Schuld im Sinne des Straf- und des Zivilrechts ein aktuelles Urteil über den Täter ist. Nur die Handlungen, die für den Täter zu diesem Zeitpunkt vermeidbar waren, können ihm als Schuld zugerechnet werden. Das Zeitmoment ist auch bei dem Meinungsstreit erheblich, ob der Vorsatz und die Fahrlässigkeit zur Schuld gehören sollen (komplexer Schuldbegriff) ¹⁾ oder nicht. Hinsichtlich der Fahrlässigkeit hat die Streitfrage keine unterschiedlichen Ergebnisse zur Folge. Wenn jedoch der Vorsatz nicht zur Schuld gerechnet wird, wie dies die "Schuldtheorie" genannte Lehre tut, dann ist es naheliegend aber nicht zwingend, hinsichtlich des Unrechtsbewußtseins bei der Schuldprüfung Vorwerfbarkeit genügen zu lassen, die auch dann vorliegt, wenn das Fehlen des Unrechtsbewußtseins vermeidbar war, dieses also fahrlässig fehlte. ²⁾ Der Bereich der Vorsatzdelikte wird so um die Rechtsfahrlässigkeit erweitert. Die Schuldtheorie ist im Strafrecht seit dem Beschluß des Großen Senats vom 18.3.52 herrschend. Im Zivilrecht gilt, die als "Vorsatztheorie" bezeichnete Lehre, wonach der Vorsatz zur Schuld gehört und die Rechtsfahrlässigkeit zu den Fahrlässigkeitsdelikten gerechnet wird. ³⁾ Die Vorsatztheorie verlangt also ein aktuelleres ⁴⁾ Bewußtsein des Unrechts als die Schuldtheorie, nach welcher die Vermeidbarkeit des Fehlens des Unrechtsbewußtseins bereits ausreicht, die Schuld zeitlich vor der Tatbegehung liegt. ⁵⁾ Vgl. dazu die treffende Formulierung von Frank zu der Bedeutung der (1907) neuen Unterscheidung in der Psychologie zwischen Inhalt und Gegenstand des Bewußtseins. "Gehört zum Vorsatz, daß ich das, was ich weiß, im Augenblick der Handlung auch denke?"

3. Das Postulat der aktuell gegebenen Willensfreiheit in BGHSt (GS) 2, 194 ff.

Diese Forderung des Verschuldenszusammenhangs und der damit geforderten aktuellen Vermeidbarkeit der Handlung, geht auf die Auffassung zurück, nach der der Mensch, in der

1) Mezger, KLB, § 51, S. 133; ders., Moderne Wege, S. 36; Mezger-Blei, KLB, § 48, S. 157

2)3) vgl. unten, § 6, S. 30 ff

4) "... bis zum Extrem eines sogar aktualisierten Unrechtsbewußtseins", Geilen, JZ 64, 9, 1.Sp.

5) Baumann, Strafrecht, § 23 III 1, S. 349

6) Frank, Aufbau, S. 547

Formulierung des Beschlusses des Großen Strafsenats vom 18.3.52 "auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat und solange die Anlage zur freien sittlichen Selbstbestimmung nicht durch die in § 51 StGB genannten krankhaften Vorgänge vorübergehend gelähmt oder auf Dauer zerstört ist." ¹⁾ Durch dieses Menschenbild wird die Willensfreiheit des Menschen in einer auf die einzelne Tat bezogenen aktuellen Form postuliert. Dieses Postulat widerspricht aber einer Reihe für das Recht wichtiger Erscheinungen und erhöht die gegenüber der Willensfreiheit überhaupt bestehenden Bedenken.

a) Daraus folgende Widersprüche bei den automatisierten Handlungsbereitschaften

Es entspricht einer allgemeinen Lebenserfahrung, daß jedes menschliche Verhalten und jede menschliche Leistung in ihrem Niveau, sowohl durch Anlage bestimmt, als auch durch Ausbildung und Training beeinflußbar sind. ²⁾ Besonders wichtig für das Recht, das ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, ist ein besonderes Ergebnis dieser Ausbildung und dieses Trainings ausgebildeter Fähigkeiten. Es besteht darin, daß der Handlungsablauf automatisiert wird, ³⁾ indem durch die ständige Wiederholung der Aufgabe und ihrer Lösung eine unbewußte Handlungsbereitschaft entsteht, die durch bestimmte mit der Aufgabe zusammenhängende und diese charakterisierende Reize ⁴⁾ ausgelöst wird. ⁵⁾ Im Laufe der Zeit erwirbt jeder ein Reservoir solcher Handlungsbereitschaften, die es ihm ermöglichen, eine immer größere Handlungsfreiheit zu erwerben. ⁶⁾ Die größere Handlungsfreiheit folgt daraus, daß das "Ichzentrum immer nur für wenige aktuelle, entscheidende Aufgaben tätig werden" kann. ⁷⁾

1) BGHSt (GS) 2, 194 (200/201)

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, § 6 II 2 A, S. 101 ff. mit weiteren Nachweisen aus der Psychologie.

3) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 108; Welzel, Strafrecht, § 20 II 2, S. 151

4) Stoppschild für Bremsen; gelbes Blinklicht für erhöhte Aufmerksamkeit; der Blitz für elektrische Gefahren; das Totenkopfetikett auf der Flasche für Gift usw. Die Reize müssen nicht typisiert sein, z.B. eine Menschenansammlung auf der Straße, die zur erhöhten Wachsamkeit veranlaßt, weil die Menschen auf etwas anderes mehr achten als auf den Verkehr.

5) Welzel, Strafrecht, § 20 II 2, S. 151

6) Welzel, Strafrecht, § 20 II 2, S. 151

7) Welzel, Strafrecht, § 20 II 2, S. 149

Die unbewußte Handlungsbereitschaft entlastet das Bewußtsein. ¹⁾ Die Reize der Umwelt werden zu einem großen Teil bereits in dieser unbewußten Persönlichkeitsschicht kontrolliert und durch entsprechende Reaktionen beantwortet. ²⁾ Dadurch erhält das Ichzentrum die Möglichkeit, sich anderen Aufgaben zu widmen. Dazu gehört das Lernen und Umlernen ³⁾ überholter Handlungsbereitschaften genauso wie die allgemeine Kontrolle, ob eine aktuelle Abweichung von der automatisierten Handlungsbereitschaft geboten ist. Es muß also immer "ein Gleichgewicht zwischen den bewußt gesteuerten Handlungsvollzügen und ihren automatisierten Teilelementen" hergestellt werden. ⁴⁾ Entscheidendes Kriterium ist, "daß das automatische (Fahr)-Verhalten grundsätzlich dem regulierenden Zugriff des steuernden Bewußtseins offenbleibt." ⁵⁾ Darin unterscheiden sich die automatisierten Handlungsbereitschaften von den Pawlow'schen Reflexen, auf die das Bewußtsein keinen Einfluß hat. ⁶⁾

Das Bestehen solcher Handlungsbereitschaften wird in der Verkehrsrechtsprechung anerkannt. So hatte der BGH in einer Entscheidung vom 16.11.1962 die Reaktionen eines Kraftfahrers auf das plötzliche Versagen der Bremsen seines gutgewarteten Wagens zu beurteilen. ⁷⁾ Der BGH führt aus, daß gerade der geübte Fahrer, der seinen Wagen ohne bewußtes Nachdenken beherrscht, durch ein solches Ereignis tiefer bestürzt und erschreckt wird, als über eine ungewöhnliche Verkehrslage, in welcher der gewohnte Automatismus der Handlungen weiterlaufe. ⁸⁾

Ähnlich auch das OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 14.12.65 zum Überfahren einer roten Ampel. "Es ist nicht nur zulässig, sondern nahezu notwendig, daß der Kraftfahrer sein waches Bewußtsein lediglich als eine Art Kontrollinstanz über seine in Fleisch und Blut übergegangene Fahrweise benutzt. Das birgt allerdings die Gefahr einer gelegentlichen typischen Fehlleistung in sich. Das Unterbewußtsein kann versagen und das kontrollierende Bewußtsein gerade in diesem Augenblick abgelenkt sein." ⁹⁾

1) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 108

2) Welzel, Strafrecht, § 20 II, S. 149

3) z.B. die Einführung neuer Verkehrszeichen am 1.3.71 durch StVO vom 16.11.70 (BGBl. I, S. 1565, ber. 1971, S. 38)

4) Welzel, Strafrecht, § 20 II 2, S. 151

5) Spiegel, DAR 68, 283 (285 r.Sp.)

6) Spiegel, aaO.

7) BGH, VersR 63, 95

8) BGH, VersR 63, 95 (96)

9) OLG Düsseldorf, NJW 66, 664

b) ... bei den Verhaltensvoraussetzungen

Soweit die Betonung weniger auf die aktive Handlung gelegt wird, sondern auch die weiteren Voraussetzungen einer Handlung in die Betrachtung einbezogen werden, spricht Deutsch von Verhaltensvoraussetzungen und unterscheidet drei Gruppen:

- 1.) die unwandelbaren, statischen Verhaltensvoraussetzungen kraft Anlage oder zwangsläufigem Erwerb;
- 2.) die wandelbaren, statischen Verhaltensvoraussetzungen, die durch Nichtverlust, Erwerb, Erziehung, Ausbildung und Training in früherer Zeit beeinflussbar waren und bezogen auf zukünftige Handlungen beeinflussbar sind;
- 3.) die variablen Verhaltensvoraussetzungen, deren Änderung aktuell möglich ist. ¹⁾

Den automatisierten unbewußten Handlungsbereitschaften entsprechen hier die wandelbaren, statischen Verhaltensvoraussetzungen der zweiten Gruppe.

c) Ergebnis

Der letzte Punkt, in dem die Verhaltensvoraussetzungen oder unbewußten Handlungsbereitschaften erworben oder korrigiert werden konnten, wird in aller Regel zeitlich soweit zurückliegen, daß eine Beziehung auf die konkret eingetretene Schädigung nicht möglich sein wird. Damit wird für diese Fälle, sowohl die aktuelle Willensfreiheit als auch der Verschuldenszusammenhang fehlen. ²⁾ Dies berechtigt zur Frage, ob Schuld und Willensfreiheit nicht auch in einem weniger aktuellen Bezug gesehen werden könnte und wie diese dann ausgestaltet wären.

4. Willensfreiheit und Schuldverständnis

a) Bei Welzel

Hinsichtlich der Willensfreiheit unterscheidet Welzel drei Aspekte. Nach dem anthropologischen Aspekt besteht die Freiheit des Menschen darin, daß er keine oder nicht nennenswerte angeborene Verhaltensweisen besitzt. ³⁾ Der Charakterologische Aspekt ergibt sich

1) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 110

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 113

3) Welzel, Strafrecht, § 20 I 1, S. 142, mit weiteren Nachweisen aus der Biologie

aus der Mehrschichtigkeit der seelischen Struktur des Menschen. Dem Ichzentrum stehen die aus dem Instinktverband gelösten Vitaltriebe, Affekte, Begehungen und höheren seelischen Strebungen, ¹⁾ der Tiefenschicht gegenüber. Diese Triebe der Tiefenschicht haben einen Doppelcharakter: "Sie haben eine bestimmte Antriebs- oder Drangstärke, und sie haben einen bestimmten Sinngehalt." ²⁾ In der Tiefenschicht entscheidet die Drangstärke. Das Ichzentrum dagegen kann die Antriebe nach ihrem Sinngehalt steuern. Welzel spricht von Antriebssteuerung, die teilweise in Gegensatz steht zur Handlungssteuerung, da die Handlung z.B. auch von einem Affekt gesteuert sein kann. In dieser Antriebssteuerung liegt der charakterologische Aspekt der Willensfreiheit. Die Willensfreiheit ist dadurch jedoch auch beschränkt: "Nur das, wozu uns ein Trieb, eine Strebung, ein Interesse reizt oder mitreißt, kann zum Ziel eines Handlungsentschlusses werden, mag er nun triebhaft oder sinnmäßig gefaßt sein." ³⁾

Der kategoriale Aspekt ⁴⁾ beantwortet die Frage, wie die freie Entscheidung durch sinngeleitete Steuerung möglich ist. Welzel zeigt dies am Beispiel des Erkenntnisaktes durch den ein Schreibfehler korrigiert wird. Man kann noch die alte Tendenz zum Schreibfehler beobachten, die nur durch das vor Auge stehende Ziel überwunden wird. Es findet also eine sinnerfüllte Überdeterminierung der assoziativen Verknüpfungen durch das Ichzentrum statt. In dieser Fähigkeit, sich sinnmäßig bestimmen zu können und frei zu sein vom blinden, sinnindifferenten kausalen Zwang liegt die Willensfreiheit. "Sie ist nicht - wie der Indeterminismus meint - die Freiheit, anders (also auch schlechter oder sinnwidrig) handeln zu können, sondern die Freiheit zu sinnmäßigem Handeln." ⁵⁾ Schuld ist daher "nicht ein Akt der freien Selbstbestimmung, sondern gerade das Ausbleiben der Sinnbestimmung in einem selbstverantwortlichen Subjekt." ⁶⁾ Diese Schuld kann ein einmaliges Versagen des verantwortlichen Ichzentrums der Person sein oder in einer bleibenden Persönlichkeitsschicht begründet liegen. ⁷⁾ Diese Persönlichkeitsschicht steht zwischen der Tiefenschicht und dem Ichzentrum. Sie ist für das Ichzentrum "ein Reservoir früher vollzogener Entscheidungen, die zur inneren unbewußten Haltung und Einstellung der Persönlichkeit, das - von der Tie-

1) Welzel, Strafrecht, § 20 I 2, S. 143, mit weiteren Nachweisen aus der Psychologie

2) Welzel, Strafrecht, § 20 I 2, S. 144

3) Welzel, Strafrecht, § 20 I 2, S. 145

4) Welzel, Strafrecht, § 20 I 3, S. 145 ff., mit weiten Nachweisen aus der Philosophie

5) Welzel, Strafrecht, § 20 I 3, S. 148

6) Welzel, Strafrecht, § 20 I 3, S. 149

7) Welzel, Strafrecht, § 20 II, S. 149

fenschicht aus gesehen – die "pathischen" Anregungen schon im Unbewußten kontrolliert." ¹⁾ Dieses unbewußte Haltungsgefüge baut sich der Mensch durch Erziehung, Erfahrung und Hineinwachsen in das soziale Leben auf. Soweit nicht ein einmaliges Versagen des Ichzentrums vorliegt, "wurzelt die Schuld der einzelnen Tat in einem bleibenden Moment, nämlich in dem fehlerhaften Aufbau der Persönlichkeitsschicht." ²⁾ Die Schuld ist dann nicht Tatschuld, sondern Täterschuld.

Damit befürwortet Welzel nicht etwa eine Täterschuld für das Strafrecht, sondern fordert die tatbezogene Schuldfeststellung. ³⁾ Er scheint jedoch der Auffassung zu sein, daß dies auch bei den automatisierten Handlungsbereitschaften möglich ist: "Mag auch die Sachgemäßheit unserer Handlungen zum großen Teil nicht auf eine bewußte Handlungssteuerung im Einzelfall, sondern auf früher erworbene, automatisiert gewordene Handlungsbereitschaften zurückgehen, so ist doch ihr Mangel dem Täter in dem Maße zu Schuld vorzuwerfen, als er bei Vornahme seiner finalen Handlung die Gefahren der Situation und die Funktionsgrenzen seiner automatisierten Handlungsbereitschaften nicht berücksichtigt hat, obwohl der sie hätte erkennen können." ⁴⁾ Unklar bleibt, warum die Verfehlung "sinngemäßer Selbstbestimmung" einen Schuldvorwurf begründet. Woher besteht die Verpflichtung zu "sinngemäßer Selbstbestimmung"? Eine naturrechtliche Begründung lehnt Welzel ab. ⁵⁾ Die Auffassung, daß der sinngemäße Steuerungsakt des Ichzentrums sich nicht auf die Drangstärke, sondern den Sinngehalt der Antriebe stütze ⁶⁾ und die kategoriale Begründung der Willensfreiheit aus der Struktur der Erkenntnisakte ⁷⁾ zeigt, daß hinter diesem Schuldbegriff Welzel's seine Auffassung der "sachlogischen Strukturen" ⁸⁾ steht. Die Berücksichtigung oder Befolgung sachlogischer Strukturen kann jedoch schwerlich als Pflicht aufgefaßt werden. Für den Gesetzgeber lehnt dies Welzel auch ausdrücklich ab. ⁹⁾ Ihre Berücksichtigung erscheint eher als eine "Obliegenheit", da deren Nicht-Beachtung zu einem nachteiligen Konflikt mit der Wirklichkeit führt. ¹⁰⁾

1) Welzel, Strafrecht, § 20 II, S. 149/150

2) Welzel, Strafrecht, § 20 II, S. 150 unten

3) Welzel, Strafrecht, § 19 I, S. 138

4) Welzel, Strafrecht, § 20 II, S. 152, ders., Fahrlässigkeit und Vorsatz, S. 33 f

5) Welzel, Naturrecht, S. 182

6) Welzel, Strafrecht, § 20 I 2, S. 145

7) Welzel, Strafrecht, § 21 I 3, S. 146/147

8) Welzel, Naturrecht, S. 197, 198

9) Welzel, Naturrecht, S. 198

10) In der 4. Auflage, S. 243, spricht Welzel von "Seinsstrukturen", aus denen den "Sinnentwürfen" immanente Grenzen gesetzt sind, die ein "freischwebendes Belieben" ausschließen.

b) Bei Arthur Kaufmann

Im Gegensatz zu Welzel sieht Kaufmann zwar die Schuld ebenfalls in der Verfehlung der Selbstbestimmung, diese hat jedoch nach Maßgabe des objektiv vorgegebenen Sittengesetzes zu erfolgen.¹⁾ Das Schuldprinzip ist im Sein des Menschen, in seiner Personalität selbst begründet.²⁾ "Den Menschen als Person anerkennen, heißt anerkennen, daß es eine Schöpfungsordnung und also einen Schöpfer gibt."³⁾ "Demgemäß gibt es auch Rechtspflichten nur als sittliche Pflichten und mithin rechtliche Schuld nur als sittliche Schuld."⁴⁾ Da jedoch Kaufmann das "Problem der sogenannten Willensfreiheit möglichst aus dem Spiel lassen"⁵⁾ will, kommt er nicht zu der Fragestellung, wie die Fälle der wandelbaren, statischen Verhaltensvoraussetzungen und unbewußten Handlungsbereitschaften zu werten sind, bei denen eine Schuld - wenn überhaupt - nur durch einen weitgehenden zeitlichen Regreß bejaht werden könnte. Kaufmann stimmt zwar den oben dargestellten Ausführungen Welzel's zu diesem Problem zu, betont aber andererseits, daß dessen Schuldauffassung juristisch nicht zu verwerten sei.⁶⁾ Schuld kann nur (aktuelle) Tatschuld sein, auch wenn dadurch das Schuldprinzip nicht voll verwirklicht werden kann: "die sittliche Idee des Schuldprinzips findet an der sittlichen Idee der menschlichen Personalität ihre strafrechtliche Grenze."⁷⁾ Für das Strafrecht ist dem zuzustimmen. Auch Welzel bleibt, wie bereits angeführt, bei der Forderung nach der Tatschuld.⁸⁾ Es ändert jedoch nichts an der Notwendigkeit, zu dem Problem der unbewußten Handlungsbereitschaften als Schuldfrage Stellung zu nehmen. Kaufmann weicht auch bei der Behandlung der unbewußten Fahrlässigkeit dieser Frage aus und verneint von dem (aktuellen) Begriff der Tatschuld her die Schuld.⁹⁾ Mit diesem Begriff lehnt er auch Welzels Versuch der Schulddeutung aus dem "unbewußten Haltungsgefüge" ab¹⁰⁾ und weist darauf hin, daß nicht jede unbewußt fahrlässige Handlung auf ein solches Haltungsgefüge zurückgeführt werden könne.¹¹⁾ Letzterem ist allerdings zuzustimmen.¹²⁾

1) Kaufmann, S. 127

2) Kaufmann, S. 116/117

3)4) Kaufmann, S. 128

5) Kaufmann, S. 130

6) Kaufmann, S. 189/190

7) Kaufmann, S. 197

8) sh. o.S. 10 und Welzel, Strafrecht, § 19 I, S. 138

9) Kaufmann, S. 156

10) Kaufmann, S. 161/162

11) Kaufmann, S. 162

12) vgl. oben Zitat zu Anm. 3), S. 9 von Welzel, § 20 I 2, S. 145

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß ein Schuldvorwurf für eine Handlung, die auf wandelbare statische Verhaltensvoraussetzung oder eine unbewußte Handlungsbereitschaft zurückzuführen ist, möglich ist. Der Vorwurf bezieht sich dann aber nicht auf die Verletzung des Rechtsguts oder der Norm, sondern auf die Verletzung der Obliegenheit oder der naturrechtlich begründeten Pflicht zur sinngemäßen Selbstbestimmung. Aber auch mit einem solchen Begriff der Schuld werden nicht alle "unbewußten Handlungen" erfaßt. Für das Strafrecht wird eine solche Täterschuld abgelehnt. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob dieser Schuldbegriff nicht doch für das Zivilrecht mit dessen objektiven Verschuldensbegriff fruchtbar sein könnte. Auf diese Frage ist nach Darstellung des Maßes der Schuldobjektivierung und der Enklaven zurückzukehren.

§ 3 DER SUBJEKTIVE SCHULDBEGRIFF ALS VERGLEICHSBEGRIFF ZUR FESTSTELLUNG DES UMFANGS DER SCHULDOBJEKTIVIERUNG IM RECHT DER UNERLAUBTEN HANDLUNG

Es ist nun der "Vergleichsbegriff" zu definieren, mit dessen Hilfe das Maß der Schuldobjektivierung und der Umfang der Enklaven des objektiven Verschuldensbegriffs festgestellt werden soll.

Dieser "Vergleichsbegriff" muß, um seiner Aufgabe gerecht zu werden, subjektiv sein. Er muß also auf die individuellen Fähigkeiten des Schädigers abstellen. Durch diesen subjektiven Schuldbegriff darf nur die vorwerfbare Schadensverursachung und nicht auch die bloß adäquat verursachte als verschuldet gekennzeichnet werden. Dieser subjektive Verschuldensbegriff entspricht für die Feststellung der Enklaven dem des Strafrechts. Zur Feststellung des Maßes der Schuldobjektivierung und der Proportionalität von Schuld und Haftung ist ferner auf den Schuldgrad einzugehen.

Schuld im Sinne dieser Arbeit ist somit "persönliche Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung." ¹⁾ Dieser Begriff wird mit dem objektiven Verschuldensbegriff des BGB verglichen werden. Zur Unterscheidung beider Begriffe wird im weiteren, wenn von Verschulden oder Schuld im Sinne des BGB die Rede ist, immer von objektivem Verschulden oder objektiver Schuld im Gegensatz zum subjektiven Verschulden oder subjektiver Schuld im Sinne dieser Arbeit gesprochen werden.

1. Übernahme des subjektiven Schuldbegriffs ins BGB?

Von der Bildung dieses Vergleichsbegriffs zu unterscheiden ist die Frage der Übernahme des subjektiven Verschuldensbegriffs in das Zivilrecht, wie sie von Nipperdey befürwortet wird. ²⁾ Eine solche Übernahme ist nur möglich, wenn der Begriff des Verschuldens im Strafrecht und im Zivilrecht dieselbe Funktion hat. ³⁾

Während jedoch im Strafrecht die Sanktion zur Erzwingung des Normgehorsams die wichtigste Funktion des Verschuldens, als einer der Voraussetzungen einer Sanktion überhaupt ist,

1) Nipperdey in Enn.-Nipperdey, § 213 I, S. 1319

2) Nipperdey, aaO, § 213 II, S. 1320

3) Aebi, S. 18

tritt diese Funktion beim Zivilrecht hinter der Notwendigkeit des Schadensausgleichs zurück. ¹⁾ Mit der Übernahme des subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffs "wäre zwar äußerlich eine Harmonisierung der rechtlichen Begriffsbildung erreicht, aber den wesensgemäßen Unterscheidungen nicht Rechnung getragen, die sich aus der spezifischen Eigenart und Zwecksetzung zweier verschiedener Rechtsgebiete ergeben." ²⁾ Das bedeutet aber, daß der Begriff des Verschuldens im Zivilrecht kein subjektiver sein kann, ³⁾ sondern objektive Elemente aufnehmen muß. Dabei sind die Interessen des Schädigers, die auf eine möglichst subjektive Verschuldenshaftung und die des Geschädigten, die im Grunde auf eine umfassende Kausalhaftung hinausgehen, auszugleichen. ⁴⁾

Die Lösung dieses Interessenkonflikts mag zeit- und interessebedingt verschieden ausfallen. Sie wird jedoch immer zu einer Anreicherung des subjektiven Verschuldensbegriffs mit objektiven Elementen führen. ⁵⁾

- 1) Aebi, S. 83; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 83, S. 201; Rümelin, Verschulden, S. 35, 37 Anm. 1; anders noch das Römische Recht der klassischen Zeit, nach dem der Schadensersatz aus Delikt unter den Gesichtspunkt der Strafe fällt, Ihering, S.44. Daraus erklärt sich auch, daß der Schadensersatzanspruch nicht vererblich war, S.44, 66. In der Justinianischen Zeit erliegt die Idee der Strafe der Schadensersatzes, S.61, 64, während erst das Kanonische Recht die Vererblichkeit des Anspruchs anordnet, Ihering, S.67.
- 2) BGHZ (GS) 24, 21 (27)
- 3) Deutsch, Fahrlässigkeit, S.80; siehe dazu auch Ihering, der dem "Grundgedanken der Römischen Jurisprudenz" folgend, "das Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadensersatz" fordert, S.55
- 4) Aebi, S.82; Deutsch, Fahrlässigkeit, S.80; Rümelin, Schadenersatz, S.19
- 5) Aebi, S.82 ff

2. Der Einfluß des Einordnungsproblems von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Tatbestand auf die Untersuchung

Vom subjektiven Verschuldensbegriff her spielt der Streit um die Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Tatbestandsaufbau (finale Handlungslehre) und um die damit zum Teil verbundene Frage, ob für vorsätzliche Tatbestandverwirklichung Kenntnis des Verbots erforderlich ist oder vermeidbare Verbotsunkenntnis genügt (Vorsatz- und Schuldtheorie), nur insoweit eine Rolle als die Streitfragen auf die persönliche Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Handlung Einfluß haben kann. Im Fall der Vorsatztheorie liegt die persönliche Vorwerfbarkeit im bewußten, im Fall der Schuldtheorie im vermeidbaren Zuwiderhandeln gegen die Norm.

Damit sind grundsätzlich beide Theorien mit dem subjektiven Verschuldensbegriff vereinbar. Ein Unterschied könnte sich nur bei der Beurteilung des Verschuldensgrades und, da die Schuldtheorie im Strafrecht von der Rechtsprechung angewandt wird, beim Tatbestand des § 823 Abs. II in Verbindung mit einem strafrechtlichen Schutzgesetz ergeben. Soweit erforderlich wird auf die Vorsatz- und Schuldtheorie bei der Besprechung des Vorsatzes eingegangen werden.

Für die vorliegende Fragestellung ist es somit nicht erforderlich zum Streit um die finale Handlungslehre, Vorsatz- und Schuldtheorie ausführlicher Stellung zu nehmen, so daß die Erörterung dem Aufbau des "komplexen Schuldbegriff", der im Zivilrecht der herrschende ist, folgen kann. ¹⁾

1) Enneccerus-Nipperdey, S. 1319; Zeuner, JZ 66, 4 r. Sp.

§ 4 SCHULDFÄHIGKEIT, ZURECHNUNGSFÄHIGKEIT UND DELIKTSFÄHIGKEIT

Nach dem Verschuldensprinzip ist die Schuldfähigkeit eine Voraussetzung für die Zurechnung eines Schadens.¹⁾ In diesem Sinne stimmen die Begriffe Zurechnungsfähigkeit und Schuldfähigkeit für das Gebiet der unerlaubten Handlung überein. Inwieweit diese Übereinstimmung besteht, insbesondere inwieweit die Zurechnungsfähigkeit und Deliktsfähigkeit eine Objektivierung enthält, ist zu untersuchen und darzustellen.

1. Die Zurechnungsfähigkeit, § 827 BGB

Schuld ist Vorwerfbarkeit. Sie beruht auf dem Bild des Menschen als eines freien zur Selbstverantwortung und sinnmäßiger Selbstbestimmung fähigen Wesens. Damit ist jedoch nur die generelle Schuldfähigkeit des Menschen festgestellt. Der Schuldvorwurf selbst dagegen ist aktuell, konkret und individuell auf eine Handlung eines Menschen bezogen, vgl. § 827. Nach der Annahme einer generellen Schuldfähigkeit des Menschen, bleibt daher zu prüfen, ob gerade "dieser Mensch in der konkreten Situation die Fähigkeit zu sinngemäßer Selbstbestimmung wirklich besitzt."²⁾ Dies ist "existentielle Voraussetzung der Vorwerfbarkeit."³⁾ Die Schuldfähigkeit besteht aus einem erkenntnismäßigem (intellektuellem) und einem willensmäßigem (voluntativem) Moment.⁴⁾ Das intellektuelle Moment liegt in der Fähigkeit das Unrecht der Handlung bzw. die Pflicht zu einer bestimmten Handlung zu erkennen und das voluntative in der Fähigkeit dieser Erkenntnis gemäß wollen zu können. Die Schuldfähigkeit besteht also in einer Wechselwirkung zwischen Erkenntnis und Wille, Erkennen und Wollen. Sie fehlt daher, wenn diese "Sinnbestimmtheit des seelischen Lebens durch sinnfremde Prozesse zerrissen ist oder infolge Schwachsinnns nicht hergestellt werden kann."⁵⁾ Eine teilweise Minderung der Geistes- oder Willenskraft reicht nicht aus. Die freie Willensbestimmung muß völlig ausgeschlossen sein. § 827 unterscheidet zwei Fälle dieser Art. Die Bewußtlosigkeit und den Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit. Zum letzteren gehören alle Fälle von Geisteskrankheiten, sofern sie im konkreten Fall die Schuldfähig-

1) Deutsch, JZ 64, 86 (88 II 1)

2) Welzel, Strafrecht, § 21, Ziff. 1, S. 152

3) Welzel, Strafrecht, § 22, Ziff. 2, S. 157

4) Welzel, Strafrecht, § 21, Ziff. 2, S. 153, Deutsch, JZ 64, 86; Geilen, JZ 64, 6 (10 r.Sp.)

5) Welzel, Strafrecht, § 21, Ziff. 4, S. 155

keit ausschließen. ¹⁾ Dies muß ausdrücklich festgestellt werden. ²⁾ Diese Feststellung ist außerordentlich problematisch. Welzel bestreitet, daß die konkrete Schuldfähigkeit überhaupt Gegenstand einer theoretischen Erkenntnis sein könne. Darum lehnen es seiner Meinung nach mit Recht "verantwortungsbewußte Psychiater ab, diese Frage 'wissenschaftlich' beantworten zu wollen. Sie können wohl das Vorliegen bestimmter abnormer Geisteszustände wie Geisteskrankheiten, Bewußtseinsstörungen usw. feststellen, aber schon der Ausschluß der Schuldfähigkeit in diesen Zuständen liegt außerhalb ihres - wie überhaupt jedes - wissenschaftlichen Urteils. "³⁾ Für Welzel ist das Urteil über die Schuldfähigkeit daher ein "existenzieller Akt". ⁴⁾ Er fällt jedoch dem Zivilrichter im Gegensatz zum Strafrichter nicht so schwer. Der Schädiger muß das Vorliegen der krankhaften Störung selbst behaupten und beweisen. ⁵⁾ Dabei wird sich der Richter an das Vorliegen von abnormen Geisteszuständen, Bewußtseinsstörungen, wie sie vom Schädiger behauptet und vom Sachverständigen festgestellt werden, orientieren können. Ein non liquet geht zu Lasten des Schädigers. Eine gewisse Objektivierung der Schuldfähigkeit wird dadurch allerdings unvermeidlich sein. ⁶⁾ Zu den krankhaften Störungen der Geistestätigkeit gehören ferner alle vorübergehenden Zustände dieser Art, "wie Schlaf, Schlaftrunkenheit, Ohnmacht, hohes Fieber, epileptischer Anfall, sinnlose Trunkenheit, der Zustand des Hypnotisierten. "⁷⁾ In diesen Fällen wird oft, wie auch bei der Bewußtlosigkeit eine Handlung überhaupt entfallen. ⁸⁾ Es ist auch zu prüfen, ob nicht ein Übernahmeverschulden infrage kommt, z.B. Übernahme der gefährlichen Tätigkeit trotz eines sich ankündigenden epileptischen Anfalls.

Für Rauschzustände aller Art ist ein aktueller Verschuldenszusammenhang zwischen sich Versetzen in den Rauschzustand und dem Schaden nicht erforderlich. Es genügt bereits, daß der Rauschzustand selbst verschuldet ist, § 827 Satz 2. In diesem Fall kann aber keine subjektive Schuld mehr angenommen werden. Esser spricht daher zu Recht davon, daß hier das Gesetz "eine eigenartige Erfolgshaftung" statuiert. ⁹⁾

1) Enn.-Nipperdey, § 214 I 1 a, S. 1327

2) RGZ 108, 86 (90)

3) Welzel, Strafrecht, § 21, Ziff. 1, S. 152

4) Welzel, Strafrecht, § 21, Ziff. 1, S. 153

5) Da die Unzurechnungsfähigkeit die Ausnahme ist, BGHZ 39, 103 (108)

6) Aebi, S. 90

7) Enn.-Nipperdey, § 214 I 1 a, S. 1328

8) Enn.-Nipperdey, aaO

9) Esser, I, § 9, IV, S. 69

Aus der Beweislastverteilung der Unmöglichkeit, die Schuldunfähigkeit exakt festzustellen, ergibt sich eine Objektivierung der Schuldfähigkeit. Zu ihr kommt noch die Erfolgshaftung für Rauschdelikte hinzu. Die Zurechnungsfähigkeit des § 827 ist daher nur eine objektivier- te Schuldfähigkeit. Eine Proportionalität von Schuldfähigkeit und Haftung fehlt völlig, da eine Minderung der Geistes- und Willenskraft nicht berücksichtigt wird.

II. Die Deliktsfähigkeit, § 828 BGB

Die Deliktsfähigkeit betrifft die Frage, ab welchem Alter eine Schuldfähigkeit für das Ge- setz überhaupt relevant sein soll. Ratio des Gesetzes ist jedoch nicht die Durchführung des Verschuldensprinzips, sondern "die Rücksichtnahme auf die entwicklungsbedingte Schwä- che", ¹⁾ der Schutz des Minderjährigen. ²⁾

1. Intellektuelle und voluntative Reife

Kinder die das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind deliktsunfähig, § 828 Abs. 1. Ab dem vollendeten 7. bis zum vollendeten 18. Lebensjahr ist ein Kind verantwortlich, wenn ihm nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlte, § 828 Abs. 2, Satz 1. Die Verantwortlichkeit wird also, wie sich aus der Formulierung er- gibt, vermutet. Das gleiche gilt von einem Taubstummen, § 828 Abs. 2, Satz 2. Zur Be- jahung der Deliktsfähigkeit genügt bereits das intellektuelle Moment, die intellektuelle Reife des Kindes. Der Einwand fehlender voluntativer Reife wird nicht gehört, ³⁾ sondern taucht in typisierter Form bei der Fahrlässigkeit auf. ⁴⁾ Dort dient der Praxis "die typische Unreife zur Korrektur des nach Grund und Umfang veralteten § 828 Abs. 2 BGB." ⁵⁾ Diese Aufteilung widerspricht dem wechselbezüglichen Zusammenhang intellektueller und voluntativer Reife und der pädagogischen Erkenntnis, daß bei Kindern die intellektuelle Reife früher eintritt als die voluntative. ⁶⁾ Die intellektuelle Reife ist nach Rechtsprechung und Lehre bereits gegeben, wenn die Fähigkeit vorliegt, das Verbotensein der Handlung

1) Waibel, Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht, S. 163; auf diese ausführliche und genaue Darstellung wird verwiesen.

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 146

3) BGH, VersR 58, 177; Geilen, FamRZ 65, 401

4) Geilen, FamRZ 65, 401

5) Deutsch, JZ 64, 86 (88 r. Sp.)

6) BGHZ 39, 281 (286) = FamRZ 65, 435 = JZ 64, 99 = NJW 63, 1609
= VersR 63, 953

und "die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen des Tuns ein- stehen zu müssen." ¹⁾ Es genügt bereits die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht und Vergel- tungspflicht. Das konkrete Vorliegen im Einzelfall wird nicht gefordert. Die Beweislast für das Fehlen der Einsichtsfähigkeit trägt der Jugendliche. Auf den ersten Blick liegt ein merkwürdiger Widerspruch zur Forderung einer konkreten Prüfung der Schuldfähigkeit beim generell geschäftsunfähigen Erwachsenen vor, da hier beim Jugendlichen die generelle Schuldfähigkeit genügen soll. Der Widerspruch erklärt sich daraus, daß das Gesetz eine möglichst weitgehende Haftung wünschte. Diese Absicht erforderte beim Erwachsenen die konkrete Prüfung und schließt sie beim Jugendlichen aus.

2. Die doppelte Prüfung der Einsichtsfähigkeit in der Rechtsprechung

Wird die Deliktsfähigkeit bejaht, muß noch das Verschulden, welches vom Geschädigten zu beweisen ist, im Einzelfall bejaht werden. ²⁾ Dies führt bei der Fahrlässigkeit zu Über- schneidungen, da das Erkennen der Gefährlichkeit sowohl für die Feststellung der Einsichts- fähigkeit als auch der Sorgfaltspflichten maßgebend ist. Die Rechtsprechung hat daher ge- ringe Anforderungen an die Deliktsfähigkeit gestellt - und damit den Beweis des Jugendli- chen für das Fehlen der Einsichtsfähigkeit erschwert - und legt das Hauptgewicht auf die Schuldprüfung nach einem typisierten Maßstab der Altersgruppe. ³⁾ Dies entspricht einer Aushöhlung des § 828 Abs. 2. Sie erfolgt über den Begriff der allgemeinen Gefahr und de- ren Erkenntnis durch den Jugendlichen. ⁴⁾ Die doppelte Prüfung bei der Einsichtsfähigkeit und Fahrlässigkeit führt bei ersterer zu einer immer weiter getriebenen Abstraktion ⁵⁾ und so zu einer generelleren Bejahung der Deliktsfähigkeit. ⁶⁾ "Das Ergebnis ist eine durchaus gesetzwidrige Erweiterung der Haftung des Minderjährigen." ⁷⁾

1) BGH LM Nr. 2 zu § 828; "Die Erkenntnis der Pflichten, welche das Zusammenleben der Menschen im Staate dem einzelnen auferlegt, RG 53, 157 (158)

2) BGH LM Nr. 1 zu § 828

3) Larenz, I, § 20 VI, S. 217, vgl. BGH, VersR 67, 158; VersR 64, 1023; Boscher, VersR 64, 888, 895 ff, mit zahlreichen nach Altersgruppen geordneten Nachweisen.

4) vgl. dazu die ausführliche Behandlung dieser Frage bei Waibel, S. 102 ff.

5) Geilen, FamRZ 65, 402 ff., insb. 404; Waibel, S. 134

6) "Der § 828 Abs. 2 BGB wird pro forma in den Urteilen der Gerichte zwar noch ge- prüft, faktisch hat er jedoch keine Bedeutung mehr." Waibel, S. 159

7) Geilen, FamRZ 65, 405 I. Sp. oben

3. Die Korrektur dieser Rechtsprechung durch Verneinung des Verschuldens und analoge Anwendung des § 829 BGB

Diese Erweiterung der Haftung wird teilweise wieder korrigiert. So hat der BGH in den beiden Entscheidungen FamRZ 65, 132, in der das § 43 StVO a.F. (Kinderspiele; RGBl 1937, 1189) widersprechende Rollschuhfahren eines 11-jährigen zum Tode eines Mopedfahrers und in FamRZ 65, 435 = BGH 39, 281 in dem der Wurf mit einem Holzmesser durch einen 12-jährigen bei einem Ritterspiel zum Verlust eines Auges bei einem Spielkameraden führte, die Fahrlässigkeit verneint.¹⁾ Es bleibt jedoch eine durch die Verlagerung der Prüfung bedingte Ausweitung der Haftung bestehen.²⁾ Geilen fordert daher eine klare Prüfung des Einsichtsvermögens des Jugendlichen nach dessen Vorstellungsbild der konkreten Gefahr und dessen Vorstellung der Haftung für dieses Tun, so wie es bereits das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 8. Dez. 1902 (RGZ 53, 157 ff) getan hat.³⁾

Die weitgehende Bejahung der Deliktsfähigkeit führt nicht nur zu einer Ausweitung der Haftung des Jugendlichen, sondern in den Fällen, in denen ein Verschulden des Jugendlichen verneint wird, auch zu einer Einschränkung der Billigkeitshaftung des § 829. Diese Folge hat der BGH in seiner bereits angeführten Entscheidung vom 21.5.63 in BGH 39, 281 (Ritterspiel)⁴⁾ korrigiert und die analoge Anwendung der Billigkeitshaftung bei fehlendem Verschulden eines Jugendlichen bejaht.⁵⁾

4. Kritik und Reform

Die Verlagerung der Prüfung der Einsichtsfähigkeit im Sinne des § 828 Abs. 2 in die Fahrlässigkeit hat das Bestreben der Rechtsprechung als Motiv, die Deliktsfähigkeit des Jugendlichen zu typisieren.⁶⁾ Diese Verlagerung hatte dogmatische Inkonsistenzen zur Folge. So ist die Rechtsprechung gezwungen, wie Geilen nachgewiesen hat,⁷⁾ oft statt Vorsatz nur Fahrlässigkeit anzunehmen, um eine Typisierung zu erreichen. Sie schränkte, wie oben

1) vgl. die Besprechung der beiden Entscheidungen bei Geilen, FamRZ 65, 402 ff

2) Für Böhmer wird jedoch der Spieltrieb der Kinder noch zu sehr als Ausschlußgrund für die Fahrlässigkeit berücksichtigt, MDR 64, 278 (279)

3) Geilen, FamRZ 65, 406 r.Sp.; zustimmend Waibel, S. 129/30

4) vgl. Anm. 6, S. 18

5) Im Ergebnis zustimmend zu dieser Entscheidung Deutsch, JZ 64, 86 (90); Geilen, FamRZ 65, 401 (406 V); ablehnend Böhmer, MDR 64, 278 (280)

6) Geilen, JZ 64, 6 (10)

7) Geilen fordert daher, die Typisierung der Fahrlässigkeit auch auf den Vorsatz auszudehnen, JZ 64, 6 (10)

ausgeführt, die Haftung nach § 829 ein und erzwang so die schwer einzugrenzende ¹⁾ analoge Anwendung des § 829 auf schuldloses Verhalten des Jugendlichen. ²⁾ Die Kritik an dieser Rechtsprechung und an § 828 Abs. 2 war mißverständlich. Zwar forderten Geilen und Deutsch eine Ausweitung der Billigkeitshaftung, woraus sich ihr grundsätzlich objektivierender Standpunkt unschwer erkennen läßt, aber dies hat nicht notwendig zur Folge, die Forderung in § 828 Abs. 2, die voluntative Reife zu berücksichtigen, aufzugeben. Der Referentenentwurf zur Reform des Schadensersatzrechtes konnte daher ohne Kritik eine Änderung des § 828 Abs. 2 vorschlagen, ³⁾ in der das voluntative Moment berücksichtigt wird, wie dies bei der Reform des StGB und JGG längst geschehen war. ⁴⁾

Der BGH hat sich in seinem Urteil vom 6.3.70 ausdrücklich geweigert die Reform im Wege der Rechtsfortbildung vorwegzunehmen. Es sei "auch aus rechtspolitischen Gründen denkbar, daß Strafe und Ersatzpflicht von verschiedenen Voraussetzungen abhängig bleiben sollen." ⁵⁾

Teichmann begrüßt in einer Anmerkung ⁶⁾ diese Entscheidung und sieht in ihr eine, zwar versteckte, aber berechtigte Kritik an dem Reformvorschlag, der von der heutigen Rechtsprechung her gesehen zu einer Subjektivierung der Deliktsfähigkeit führen würde. ⁷⁾ Die derzeit dogmatisch unbefriedigende Lösung sei im Ergebnis zu begrüßen. Daher fordert Teichmann eine gesetzliche Standardisierung der Deliktsfähigkeit, mit der Beweislast beim Geschädigten ⁸⁾ und beruft sich für diese Forderung auf die beiden Aufsätze von Geilen und Deutsch. ⁹⁾ Die Kritik ist nicht berechtigt. Zwar führt die Reform zu einer Subjektivierung, diese wird aber durch die zur Billigkeitshaftung des § 829 und des zusätzlich vorgesehenen § 255 a hinzukommende richterliche Begrenzung ¹⁰⁾ des Umfangs der Schadens-

- 1) "Die Analogie ist auf die gesamte an das persönliche Merkmal des jungen oder hohen Alters anschließende Gruppenbildung des objektiv typisierten Fahrlässigkeitsbegriffs auszudehnen." Deutsch, JZ 64, 86 (91 III); Geilen fordert, ebenfalls im Hinblick auf die Entscheidung des BGH, den Aufbau einer "lückenlosen Billigkeitshaftung" für schuldlos rechtswidriges Verhalten, Geilen, FamRZ 64, 401 (408)
- 2) BGHZ 39, 281; Waibel, S. 168/69
- 3) Referentenentwurf II, S. 72/73
- 4) Jugendgerichtsgesetz vom 16.2.1923, RGBI I, S. 135
- 5) BGH, JZ 70, 616 (617 I.Sp.) = NJW 70, 1038 = VersR 70, 467
- 6) Teichmann, JZ 70, 617
- 7) Teichmann, JZ 70, 619 I.Sp. A.A., Waibel, der sich - abgesehen von der Reduktionsklausel - für den Reformvorschlag ausspricht, S. 172 ff
- 8) Teichmann, JZ 70, 619 I.Sp.
- 9) Geilen, JZ 64, 6 ff; Deutsch, JZ 64, 86 ff.
- 10) Referentenentwurf II, S. 73 c, Referentenentwurf I, § 828

ersatzpflicht nach Billigkeits Gesichtspunkten, wenn der Jugendliche die zur Verantwortlichkeit vorausgesetzten Fähigkeiten in geringerem Maße als ein Erwachsener besitzt, ausgeglichen. Diese Ablehnung des Alles- oder Nichts-Prinzips für die Haftung des Jugendlichen, wird es der Rechtsprechung sehr erleichtern, einerseits die Deliktsfähigkeit und damit eine Haftung zu bejahen und andererseits dafür den Umfang der Schadensersatzleistung dem Verschulden als einem wesentlichen Gesichtspunkt der Billigkeitsentscheidung anzupassen. Das Bestehen einer Haftpflichtversicherung müßte dann, wie für § 847 entschieden wurde,¹⁾ berücksichtigt werden, da für den reformierten § 828 Abs. 2 ebenfalls von vornherein eine Haftpflicht bestehen würde. Die Befürchtung Waibels, daß die Reduktionsklausel "dem Geschädigten in unvertretbarer Weise das Risiko des Reifungsprozesses überbürden"²⁾ würde, kann daher nicht geteilt werden.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bereits die fehlende Berücksichtigung der voluntativen Reife im Rahmen des § 828 Abs. 2 eine Objektivierung der Deliktsfähigkeit bedeutet. Hinzu kommt die Einschränkung des § 828 Abs. 2, die durch die von der Deliktsfähigkeit zur Fahrlässigkeit verlagerte Prüfung der Einsichtsfähigkeit in eine Gefahr, herbeigeführt wird. Der Einschränkung des § 828 Abs. 2 entspricht eine Haftung des Jugendlichen ohne Schuldfähigkeit.

III. Die Billigkeitshaftung, § 829 BGB

Die Objektivierung der Schuldfähigkeit in § 827 und der Deliktsfähigkeit in § 828 Abs. 2 wird durch die Billigkeitshaftung des § 829 ergänzt. Sie setzt voraus, daß eine Haftung nach dem Schuldprinzip nicht möglich ist. Der Umfang der Billigkeitshaftung selbst ist beschränkt.

§ 829 setzt voraus, daß entweder der Schaden gerade durch die Unzurechnungsfähigkeit entstand³⁾ oder der Schädiger von der Unzurechnungsfähigkeit abgesehen, nach § 823 bis 826 haften würde.⁴⁾ Daher entfällt die Haftung, wenn ein Zurechnungsfähiger nicht

1) BGHZ 18, 149 (165 ff)

2) Waibel, S. 166/67

3) BGHZ 23, 90 (98)

4) BGHZ 39, 281 (284)

haften würde. ¹⁾ Die Billigkeitshaftung besteht nur hilfsweise neben der Haftung des Aufsichtspflichtigen und soweit von diesem Schadenersatz nicht erlangt werden kann.

Bei der Billigkeitshaftung ist auf die Umstände und insbesondere die Vermögens- und die Lebensverhältnisse des Schädigers und des Geschädigten abzustellen. Dem Schädiger dürfen die Mittel für seinen eigenen Unterhalt und für die gesetzlichen Unterhaltspflichten nicht entzogen werden. Aus den Umständen muß sich ergeben, daß eine Haftung der Billigkeit entspricht und von ihr gefordert wird.

Das Bestehen einer freiwilligen Haftpflichtversicherung soll nach Auffassung des BGH für die Begründung des Billigkeitsanspruchs ²⁾ nicht berücksichtigt werden, wohl aber bei der Bemessung der Höhe des Billigkeitsanspruchs. ³⁾ Dies ist widersprüchlich, da die Akzessorität der Haftpflichtversicherung in beiden Fällen besteht. Aus ihr folgt, daß es unzulässig ist mit dem Bestehen der Versicherung einen Anspruch zu begründen, dessen Existenz auch dem Umfange nach für den Eintritt der Versicherung Voraussetzung ist. Wenn aber die Rechtsprechung den akzessorischen Charakter für bestimmte Bereiche aufhebt, insoweit also das Recht fortentwickelt, dann sollte die Abgrenzung praktikabel sein. Dies bedeutet die Anerkennung der Haftpflichtversicherung für § 829 für Grund und Höhe eines Billigkeitsanspruchs, als einer der Umstände, die bei der Billigkeitsentscheidung zu berücksichtigen sind. ⁴⁾

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Berücksichtigung der Schuld- und Deliktstfähigkeit im Recht der unerlaubten Handlung objektiviert und durch die Billigkeitshaftung eingeschränkt ist. Dabei ist die Objektivierung beim § 828 Abs. 2, der vermuteten Deliktstfähigkeit des 7 - 18-jährigen Jugendlichen am stärksten.

1) BGH NJW 62, 2201, 2202 (4.)

2) BGH NJW 58, 1630 (1632 1. Sp.); BGH NJW 62, 2201/2

3) So der BGH in BGHZ 18, 149 für § 847

4) Pohle, MDR 58, 838; ihm folgend Böhmer, MDR 63, 21

§ 5 DER VORSATZ

Aus psychologischer Sicht ist der "Vorsatz willensgesteuertes Verhalten unter Antizipation des Erfolges derart, daß der Erfolg als Folge des Handelns erkannt (intellektuelles Moment) und gewollt wird".¹⁾ Für das Zivilrecht dagegen, ist der Vorsatz Teil einer Schuldform. Rechtlich erheblich ist insoweit nur jene bewußte und willentliche Steuerung menschlichen Verhaltens, die eine Mißachtung eines Gebotes oder Verbotes erhält. Im Zivilrecht gibt es keine Gebote oder Verbote um ihrer selbst willen, sondern nur als Voraussetzung einer Haftungsform. Der Schuldvorwurf, vorsätzlich gehandelt zu haben, muß sich daher auf einen Verletzungserfolg beziehen.

Nach der Einstellung des Täters zum Verletzungserfolg sind drei Vorsatzarten zu unterscheiden. So kann der Verletzungserfolg beabsichtigt sein. Grundsätzlich jedoch gehört das Beabsichtigen des Verletzungserfolges nicht zum Vorsatz, wie sich bereits aus dem Gesetz ergibt, das in den Fällen, in denen ein absichtliches Handeln erforderlich ist, dies ausdrücklich hervorhebt.²⁾

Die Absicht hat im System der unerlaubten Handlung nur geringe Bedeutung, da einfacher Vorsatz ausreicht. Ausnahmen bestehen über § 823 Abs. 2 i.V. mit einem Absicht fordern den Schutzgesetz, wie z.B. § 263 StGB.

1. Direkter Vorsatz

Der Erfolg muß jedoch gewollt sein. Dies war bestritten. Nach der Vorstellungstheorie sollte es genügen, wenn der Erfolg vorausgesehen wurde.³⁾ Dagegen muß der Erfolg nach der heute herrschenden Willentheorie gewollt sein. Die Entscheidung dieser Streitfrage ist wichtig für das Verständnis der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, die durch die Unterscheidung von Wollen und Nicht-Wollen getroffen wird.⁴⁾ Dabei bereitet der natürliche Sprachgebrauch Schwierigkeiten, da dieser die Begriffe Begehren, Wollen, Wünschen⁵⁾

1) Mertens, JuS 72, 35 (39 d)

2) RGZ 57, 239 (241); z.B. Arglist, in §§ 123 I, 318 II, 443, 476, 2339, Ziff. 3, Böswilligkeit, in §§ 324 I, S. 2, 615, S. 2, 649, S. 2, 2333, Ziff. 4 und § 30, Nr. 1, KO; § 3, Nr. 1, 2 AnfG

3) vgl. zur Vorstellungstheorie, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 150 ff.; Frank, Aufbau, S. 540-547

4) Larenz I, § 20 II, S. 206

5) "Der Täter kann auch einen solchen Erfolg billigen, der ihm an sich unerwünscht ist" BGHSt 7, 363 (Leitsatz).

und ähnliche Begriffe, die das Erstreben eines Erfolges, die Motive dafür und die persönliche Einstellung zum Erfolg bezeichnen, nicht scharf unterscheidet.

Die Rechtsordnung muß sich um möglichst objektive Kriterien bemühen. Das können hier weder die Motive noch die persönliche Einstellung zum erreichten Erfolg sein, da diese von zu vielen subjektiven Momenten beeinflusst werden und überdies bei derselben Person und Tat mehrfach wechseln können. Motive und Einstellung zum Erfolg können nur ausnahmsweise rechtliche Bedeutung erlangen (z.B. für die Motive § 2078 II, für die Einstellung die oben erwähnten Fälle der Absicht, Arglist, Böswilligkeit) oder bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit herangezogen werden. Maßgebendes Kriterium kann nur das Erstreben des Erfolges sein, der Wille, der von jedem Begehren, Wünschen oder Beurteilen eines Erfolges frei gesehen werden muß.

Danach ist alles vom Vorsatz des Täters umfaßt, das mit der Erreichung des erstrebten Erfolges untrennbar verbunden ist, sei es als vorausgehendes, notwendiges Mittel zum Zweck, als mitwirkliche oder weiter wirkende Folge der Handlung, mit der der erstrebte Erfolg verwirklicht wurde.¹⁾ Wer A töten will und erkennt, daß dies nur möglich ist, in dem er B tötet und die Handlung begeht, wollte A und B töten.²⁾ Dieser Fall des *dolus directus* ist unbestritten.

2. Bedingter Vorsatz

Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen die Handlung anstatt oder neben dem erstrebten Erfolg möglicherweise einen weiteren Erfolg haben wird (*dolus eventualis*). Hier versagt die Vorstellungstheorie, da zwar beim Fehlen der Vorstellung des möglichen Erfolges Vorsatz ausscheidet, aber bei Vorliegen der Vorstellung des möglichen Erfolges noch nicht gesagt ist, ob dieser Erfolg gewollt oder ob bewußte Fahrlässigkeit (*luxuria*) gegeben ist.³⁾

Im Willensmoment wird der wesentliche Unterschied zur bewußten Fahrlässigkeit gesehen. Nach v. Hippel ist *dolus eventualis* gegeben, "wenn dem Täter der Eintritt des erstrebten zusammen mit dem als möglich vorgestellten rechtswidrigen Erfolg lieber war, als der Verzicht auf seine Tat. Dagegen liegt Fahrlässigkeit vor, wenn die Hoffnung auf das Ausblei-

1) v. Hippel, Strafrecht, S. 310

2) Enn.-Nipperdey, § 210 II 2, S. 1305

3) v. Hippel, Strafrecht, S. 314, Enn.-Nipperdey, § 210 II 2 b, S. 1306, Esser I, § 37 II, S. 240;

ben des rechtswidrigen Erfolges entscheidend für die Vornahme der Handlung war." ¹⁾

Eine ebensolche Abwägung nimmt Esser vor, wenn er *dolus eventualis* annimmt, falls der Täter trotz des als möglich vorgestellten Erfolges die Tat ausführt, da "er sein Interesse bewußt höher anschlägt, als das Gefährdete". ²⁾ Eine Abwägung liegt auch bereits Frank's Formel zugrunde, wenn er fragt, wie sich der Täter verhalten hätte, wenn der mögliche Erfolg notwendig mit dem erstrebten eingetreten wäre.

Auch die vom Gesetzgeber ³⁾ nicht übernommene Formulierung des Entwurfs eines StGB, wonach *dolus eventualis* vorliegt, wenn jemand "die Verwirklichung für möglich hält und sich mit ihr abfindet", § 16 E 1962, und (bewußte) Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn jemand "es für möglich hält, daß er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, daß er ihn nicht verwirklichen werde", § 18 Abs. 2 E 1962, fordert eine Abwägung. Denn, ob sich nun der Täter mit der möglichen Verwirklichung abfindet, kann nur durch eine Abwägung entschieden werden, da es ja auf die bloße Behauptung des Täters, er habe im Vertrauen darauf gehandelt, daß der Erfolg nicht eintrete, kaum ankommen kann. Wenn auch die Willentheorie das richtige Kriterium zur Abgrenzung des Vorsatzes von der bewußten Fahrlässigkeit gibt, so bleibt doch die Entscheidung, daß bedingter Vorsatz vorliegt, infolge der Abwägung ein Werturteil. Das liegt daran, daß der mögliche Erfolg alle Grade der Wahrscheinlichkeit haben kann, von fast sicher bis zur Wahrscheinlichkeit Null und ferner der Grad der Wahrscheinlichkeit, ab dem jemand hofft, es werde gut gehen, also nur noch "riskant" handelt, ⁴⁾ von Mensch zu Mensch und auch je nach gefährdetem Rechtsgut verschieden ist. ⁵⁾ Auch kann, wie v. Hippel's Beispiel zeigt, der Vorsatz bei geringer Wahrscheinlichkeit vorliegen, oder bei großer Wahrscheinlichkeit fehlen, z.B. fehlt der Tötungsvorsatz bei einer ohne Einwilligung vorgenommenen höchst lebensgefährlichen Operation. ⁶⁾ Es ist also ein Werturteil zu fällen, bei dem alle Motive zur Tat und die Einstellung zum ursprünglich nur möglichen Taterfolg mit herangezogen werden müssen. ⁷⁾

1) v. Hippel, Strafrecht, S. 313

2) Esser I, § 37 II, S. 240

3) Das 2. Gesetz zur Reform des Strafrechtes v. 10. Juli 1969 verzichtet auf eine Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit.

4) Esser I, § 37 II, S. 240

5) vgl. auch Wahl, Arbeitsbericht, SJ7 ff; Rümelin, Zufall, S. 15

6) v. Hippel, Strafrecht, S. 320

7) v. Hippel, Strafrecht, S. 315, "aus welchen Gründen und zu welchen Zwecken der Täter handelte", "Abschätzung der Interessenlage";

Eine Gegenprobe kann zu weiterer Klarheit führen. Wäre dem Täter die vorherige Lage lieber gewesen als der Eintritt der erstrebten und der rechtswidrigen Folge? In diesem Fall kann nur die Hoffnung auf den Nichteintritt der rechtswidrigen Folge zur Handlung führen.¹⁾

3. Rechtsprechung zum bedingten Vorsatz bei § 826 BGB

Eine ähnliche Gegenprobe nahm der BGH in der ersten der beiden Entscheidungen zum Konkurs der Fischkonservenfabrik²⁾ vor, indem er darauf abstellte, daß der Eintritt des rechtswidrigen Erfolges mit der Billigung einer eigenen Schädigung notwendig mitverbunden gewesen wäre.³⁾ Diese Gegenprobe liegt auch der Verneinung des Schädigungsvorsatzes in den beiden Fällen des Vorwurfs einer sittenwidrigen Konkursverschleppung durch Kreditgewährung zugrunde. Der BGH nahm in der Entscheidung vom 15.6.62 in WM 62, 962 an, daß die Bank von der Sanierungsfähigkeit der Kreditnehmerin überzeugt gewesen sei. In der Entscheidung vom 13.4.59 WM 59, 1032 stellte der BGH bloße Fahrlässigkeit des kreditgebenden Schwagers fest.⁴⁾ Der Schädigungsvorsatz mußte verneint werden, da eine Bejahung bedeutet hätte, daß die Bank und der Schwager damit gerechnet und es gebilligt hätten, den gewährten Kredit nicht zurückzuerhalten.

Ein Grenzfall besonderer Art bereitet noch Schwierigkeiten. Es ist die Gleichgültigkeit gegenüber vorgestellten möglichen Erfolgen überhaupt. Dieser Grenzfall zeigt, daß es hier nicht um eine begriffliche Abgrenzung geht,⁵⁾ sondern um ein Werturteil. Der Täter billigt nicht, nimmt nicht in Kauf und hofft auch nicht. Dennoch kann man nicht sagen, daß ihm stets der erstrebte Erfolg mit dem gleichgültigen lieber wäre, als die gegenwärtige Lage, denn dann würde in diesem Fall auf die allgemein geforderte Abwägung verzichtet werden.

Von besonderer Bedeutung ist dieser Grenzfall des bedingten Vorsatzes bei § 826, da dort nur für Vorsatz gehaftet wird. Er führt bei der Haftung von Sachverständigen und Beratern für einen leichtfertigen, grob fahrlässigen (gewissenlosen) Vorstoß gegen die Grundregeln ihres Berufes zu einer Verflachung des Vorsatzbegriffes bis in den Bereich der bewußten Fahrlässigkeit hinein.⁷⁾ Bei diesem Sittenverstoß handelt es sich nicht um die Verletzung

1) v. Hippel, Strafrecht, S. 315 und § 18 Abs. 2, StGB E 1962

2) Siehe dazu unten § 12 II A 3 a, S. 103 f

3) BGH WM 62, 579 (582 IV)

4) BGH WM 59, 1032 (1033)

5) so Esser I, § 37 II, a.E. S. 241

6) v. Hippel, aaO, S. 315 Anm. 2

7) vgl. dazu unten § 12 II A 1 a, S. 97

eines ethischen Prinzips, sondern eines Grundprinzips unserer Wirtschaftsordnung, die auf ein funktionierendes Sachverständigen- und Beraterwesen angewiesen ist.¹⁾ In der Rechtsprechung ist nicht eindeutig ausgesagt, worauf sich die Leichtfertigkeit, grobe Fahrlässigkeit oder Gewissenlosigkeit zu beziehen hat. Auf die Tatbestandsmerkmale des Sittenverstoßes oder auf das Maß der Schuld beim Fehlen des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit?

Letzteres ist anzunehmen.²⁾ Damit verbindet sich der Tatbestand einer "Sittenfahrlässigkeit" mit dem Schädigungsvorsatz. Da jedoch nach der Rechtsprechung bei diesem Sittenverstoß "Art und Weise des sittenwidrigen Verhaltens (können) Anhaltspunkte auch dafür bieten, ob der Schädiger mit Vorsatz gehandelt hat",³⁾ verstärkt dies die Neigung bedingten Vorsatz festzustellen, wenn ein Sittenverstoß zu bejahen ist. Dies zeigt auch der umgekehrte Fall, bedingten Vorsatz zu verneinen, ohne einen Sittenverstoß bejaht zu haben, aber an Hand der Umstände, die nach der Klage einen Sittenverstoß begründen sollen, in der Entscheidung des OLG Schleswig vom 6.6.61.⁴⁾ Hinzu kommt die besondere Struktur dieser Fälle, die idR durch das Dreieck Auftraggeber - Sachverständiger, insoweit liegt ein Vertrag vor, und geschädigtem Kreditgeber gekennzeichnet sind. Dieser Geschädigte muß dem Schädiger nicht persönlich bekannt sein. Diese Zusammenhänge führen dazu, daß, soweit eine Haftung bejaht wurde, im Grunde nur die Gleichgültigkeit⁵⁾ des Sachverständigen oder Beraters gegenüber weiterem Schaden, also über sein Vertragsverhältnis hinaus, festgestellt wurde. So insbesondere in den beiden Entscheidungen des BGH vom 13.7.56 und 1.4.58 zum selben Sachverhalt einer Klage gegen einen Wirtschaftsprüfer mit P. als geschädigtem Vertragspartner und dem Kläger als unbekanntem Dritten.⁶⁾

4. Tatbestandskenntnis, Unrechtsbewußtsein

Zum Wollen des Verletzungserfolges gehört auch die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale. Wer nicht weiß, daß seine Handlung z.B. einen Menschen, eine Sache oder ein Patentrecht verletzt, handelt nicht vorsätzlich. Umstritten ist, ob sich der Vorsatz auch auf die Rechtswidrigkeit der Handlung beziehen muß.⁷⁾

1) siehe unten § 12 I 1, S. 93

2) siehe unten § 12 II B 3, S. 115 ff

3) BGH WM 66, 1148 (1149, Ziff. 2d) = VersR 66, 1034; siehe auch BGH NJW 62, 1766, RGZ 90, 106 (109);

4) OLG Schleswig, VersR 61, 1148 (1150)

5) siehe unten § 12 II A 1 a, S. 97, zu einer Entscheidung des LG Braunschweig

6) siehe unten § 12 II A 2 a, S. 99 ff

7) siehe unten § 6, S. 30 ff

5. Kenntnis des Schadensumfangs?

Die Kenntnis des Ausmaßes und der späteren Ausweitung des Erfolges ist nicht erforderlich.¹⁾ Es reicht die Kenntnis des objektiven Verletzungstatbestandes und des wesentlichen Verlaufs der haftungsbegründenden Kausalität.

Die von Blomeyer²⁾ unter Berufung auf RGZ 136,4 (10); 148, 154 (165) und BGH NJW 51, 596 vertretene Auffassung, daß auch "die Kenntnis des Täters erforderlich sei, daß überhaupt ein Schaden eintreten könne" ist abzulehnen.³⁾ Mit den zitierten Entscheidungen kann die Auffassung nicht gestützt werden. In RGZ 136, 4 (10) wird der strafrechtliche Begriff der Fahrlässigkeit vom zivilrechtlichen am Fall der Fahrlässigkeit des Halters eines Kfz hinsichtlich einer Schwarzfahrt seines Fahrers abgegrenzt:

"Darauf, ob der Schaden für den Halter als Erfolg seines Verhaltens voraussehbar war, kommt es – anders als für den Begriff der Fahrlässigkeit im Sinne des Strafrechts (. . . .) – für die Anwendung des § 276 BGB nicht an (. . . .). Es genügt vielmehr, daß der Halter, objektiv betrachtet, bei Anwendung der allgemeinen Verkehrssorgfaltspflicht im Sinne des § 276 BGB die Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Erfolges seiner Handlung und Unterlassung im allgemeinen hätte erkennen müssen."

Die Entscheidung RGZ 148, 154 (165) – die den Tod eines Architekten als Folge einer Gallenblasenentzündung betrifft, die von der Witwe auf eine Falschmeldung in der Tagespresse zurückgeführt wurde, – ist allerdings mißverständlich. Die dort verlangte Voraussehbarkeit des Todes führt aber zu einem Wechsel aus dem Tatbestand des § 824 in den des § 823 Abs. 1, wo der Tod als Erfolg Tatbestandsmerkmal und nicht Folgeschaden ist.⁴⁾

Die dritte angeführte Entscheidung – BGH NJW 51, 596; Anzeige wegen Abhörung feindlicher Sender im Jahre 1944, – ist nicht einschlägig, sondern betrifft § 826, bei dem der Schädigungsvorsatz Tatbestandsmerkmal ist.

1) siehe aber unten § 12 I 2 a, S. 93 zu § 826

2) Blomeyer, § 24 II 2 b, S. 122

3) vgl. dazu die Ausführungen zum Folgeschaden unten § 10 II 4, S. 76 ff

4) vgl. dazu unten § 10 II 4 b, S. 77 f

§ 6 UNRECHTSBEWUSSTSEIN

1. Unrechtsbewußtsein und Handlungslehre

Umstritten ist, ob der Vorsatz bloßes Handlungsmerkmal ist (Schuldtheorie), ¹⁾ oder ob die Verbotskenntnis (Unrechtsbewußtsein) Bestandteil des Vorsatzes, und somit der Vorsatz eine Schuldform ist (Vorsatztheorie). ²⁾ Der Unterschied zwischen beiden Theorien zeigt sich in der Beurteilung eines fahrlässigen Irrtums über die Widerrechtlichkeit der Tat. Für die Vorsatztheorie kann nur noch eine Haftung für fahrlässige Tatbestandsverwirklichung in Betracht kommen, während für die Schuldtheorie eine vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung vorliegt. Differenzierte Standpunkte sind möglich. Für die Fälle der Rechtsfeindschaft soll nach Mezger wie für Vorsatz bestraft werden. ³⁾ Nach R.v. Hippel ist die Frage des Unrechtsbewußtseins, ohne daß der Vorsatz für ihn ein Tatbestandsmerkmal gewesen war, eine Frage der "Gesetzesauslegung und Kriminalpolitik". ⁴⁾ Für ihn reicht daher fahrlässige Verbotskenntnis aus. ⁵⁾ Diese differenzierten Standpunkte bestätigen die Auffassung, daß die Schuldtheorie unabhängig von der Handlungslehre ist. ⁶⁾

2. Fragestellung

Wegen der verschiedenen Ergebnisse der Schuld- und Vorsatztheorie zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ist diese Streitfrage für das Thema der Arbeit unter zwei Gesichtspunkten von Bedeutung:

1. Der geforderte Schuldgrad ist bei der Schuldtheorie geringer als bei der Vorsatztheorie. Im Strafrecht kann und muß dies durch die Reduzierung der Strafe berücksichtigt werden. ⁷⁾ Dies ist im Zivilrecht mit seinen strengen Haftungsfolgen (Alles- oder Nichts-Prinzip) nicht möglich.

Die Vorsatztheorie ist daher "subjektiver" als die Schuldtheorie, während diese zu einer erheblichen Schuldobjektivierung führt.

- 1) Welzel, Strafrecht, S. 64, 77, 165 ff; Niese, Finalität, S. 9 und ders., JZ 56, 459; Enn.-Nipperdey, § 210 I 2, S. 1302;
- 2) Esser I, § 37 III, S. 241; Blomeyer, § 24 II 2 b, S. 123; Mezger, Moderne Wege, S. 42;
- 3) Mezger, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit in Festschrift für Kohlrausch 1944; ders., Moderne Wege, S. 43 ff.
- 4) v. Hippel, Strafrecht, S. 348
- 5) v. Hippel, aaO, S. 349;
- 6) Fikentscher, § 104 III 3 b, S. 649; vgl. auch § 2, S. 15
- 7) BGHSt (GS) 2, 194 (210), Strafmindernach § 44 StGB (Versuch)

2. Die Vorsatztheorie führt im System der unerlaubten Handlung zu einer Enklave der Haftungsfreiheit für die Fälle, in denen nur für Vorsatz gehaftet wird (§ 823 II i.V. mit entsprechenden Schutzgesetzen), während die Schuldtheorie diese Haftungslücke schließt.

Keine Bedeutung hat die Streitfrage dagegen für § 826, da in § 826 das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht gefordert wird.

3. Die Rechtsprechung im Strafrecht

Die Schuldtheorie ist in der strafrechtlichen Rechtsprechung seit dem Beschluß des Großen Senats vom 18.3.1952 herrschend.¹⁾ Sie galt kraft gesetzlicher Anordnung zu diesem Zeitpunkt in § 31 WiStG a.F. v. 26.7.1949 (WiGBI., S. 193) bzw. § 26 a WiStG n.F. v. 25.3.1952 (BGBl. I, 188),²⁾ im OWiG v. 25.3.1952 (BGBl. I, 177)³⁾ in § 12 und in der RABgO in § 395.

Diese weitreichende gesetzliche Geltung der Schuldtheorie war für den Großen Senat mit ein Grund, sich für die Schuldtheorie zu entscheiden.⁴⁾

4. Vorsatz- und Schuldtheorie am Beispiel von BGH NJW 62, 910

In der Zivilrechtsprechung hat die Schuldtheorie nur für § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 240 StGB durch eine Entscheidung des BGH vom 26.2.1962 Anerkennung gefunden.⁵⁾

In diesem Fall war die Klägerin nach ihrem Sachvortrag, wie er vom BGH gewürdigt wurde, rechtswidrig zur Hergabe von Sicherheitswechseln genötigt worden. Nach dem Sachvortrag der Klägerin konnte ein Verbotsirrtum der Beklagten in Frage kommen. Das LG und das OLG hatten die Klage, soweit es hier wesentlich ist, als bereits nach dem Sachvortrag der Klägerin unbegründet zurückgewiesen. Wenn man nun den Sachvortrag als bewiesen unterstellt und einen verschuldeten Verbotsirrtum annimmt, so wäre das Verhalten der Beklagten nach § 240 StGB strafbar. Die Anwendung der Vorsatztheorie hätte zur Folge, daß eine Haftung aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 240 StGB nicht bestehen würde. Im

1) BGHSt 2, 194 (208)

2) Heute ist das WiStG auf die größten Verstöße eingeschränkt, § 3 WiStG i.d.F. v. 9.7.54 (BGBl. I, 175) und geändert am 19.12.56 (BGBl. I, 924) und am 4.11.71 (BGBl. I, 1745). Im übrigen gilt das OWiG.

3) Heute § 6 Abs. 3 des OWiG v. 24.5.68 (BGBl. I, 481)

4) BGHSt 2, 194 (209)

5) BGH NJW 62, 910 = z.T. JZ 63, 218

Hinblick auf den Umfang der Haftung und der Enklaven läge also eine Enklave der Haftungsfreiheit vor. Dieses Ergebnis bejaht Esser und begründet es damit, daß er den § 823 Abs. 2 so lesen will, "daß die darin ausgesprochene Verweisung zugleich den 'stillschweigenden' Vorbehalt enthält, wonach über die Verschuldensfrage die zivilrechtlichen Vorstellungen entscheiden." ¹⁾

Wird dagegen die Schuldtheorie angewandt, wie dies für die Tatbestände des § 823 Abs. 2 der BGH in NJW 62, 911 entschieden hat, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von zivilrechtlichem und strafrechtlichem Verschuldensbegriff.

5. Übernahme der Schuldtheorie in das Zivilrecht?

Zunächst ist die Frage zu stellen, ob die Schuldtheorie im Zivilrecht allgemein übernommen werden könnte. Trotz der Schuldobjektivierung werden auch im Zivilrecht verschiedene Grade der Schuld unterschieden und werden daran verschiedene Rechtsfolgen angeknüpft. So ist auch dem Zivilrecht die Abstufung von Absicht, direktem Vorsatz und bedingtem Vorsatz geläufig. Der Unterschied zwischen der Vorsatz- und der Schuldtheorie betrifft daher ausschließlich das Unrechtsbewußtsein. Dies ist darauf zurückzuführen, daß die Zivilrechtslehre an der Vorsatztheorie festhält, die bei Erlass des BGB und bis zum Beschluß des Großen Senats in BGHSt 2, 194 ff im Straf- und im Zivilrecht im wesentlichen einheitlich galt. Diese Theorie liegt dem BGB zugrunde, so daß die Tatbestände im BGB ohne Berücksichtigung der Rechtsfahrlässigkeit aufgestellt wurden. ²⁾

Vorsatz in Kenntnis des Verbots, bedingter Vorsatz und die verschiedenen Formen der groben, konkreten, einfachen und unbewußten Fahrlässigkeit unterscheiden sich nur graduell. Daneben steht die Rechtsfahrlässigkeit bei vorsätzlichem Handeln, die ebenfalls von schwerster Schuld bis zur Verneinung der Schuld alle Grade beinhalten kann. ³⁾ Überall dort aber, wo im BGB auf den Grad der Schuld abgestellt wird, ist auf die Rechtsfahrlässigkeit nicht Bezug genommen, so daß der Vorsatz als im Sinne des BGB schwerste Schuldform auch dann zu bejahen wäre, wenn die Verbotskenntnis auch nur leicht fahrlässig fehlen würde.

1) Esser I, § 37 III 2, S. 243; so auch Drees in Erman, § 823 Anm. 12 e, S. 1741

2) Wiethölter, JZ 63, 206/7 mit Nachweisen über die Entstehungsgeschichte des § 823 Abs. 2 in Anm. 8; Baumann, AcP 155, 495 (509)

3) BGHSt 2, 194 (209 ff) bei der Besprechung der Strafbarkeit und des Strafmaßes bei Vorliegen eines Verbotsirrtums.
Enn.-Nipperdey, § 210 I 2 a, S. 1303; Wiethölter, Rechtfertigungsgrund, S. 62, spricht von drei Schuldstufen.

Dies zeigt sich insbesondere bei allen Haftungsbeschränkungen. Dies gilt sowohl für die vertraglichen Einschränkungen der Haftung gemäß § 276 Abs. 2 BGB – wo allerdings durch die Vertragsauslegung geholfen werden kann ¹⁾ – als auch für alle Vorschriften, nach denen nur für Vorsatz, grobe oder konkrete Fahrlässigkeit gehaftet wird. ²⁾ Dasselbe gilt auch für die anderen Vorschriften, soweit sie an Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit eine Rechtsfolge anknüpfen. ³⁾ Gegen eine Übernahme der Schuldtheorie bestehen daher de lege lata und von der üblichen Auslegung ⁴⁾ her, so große Bedenken, daß diese abzulehnen ist. ⁵⁾

1) Rudolf Schmidt, NJW 1958, 488 (1);

2) Weitnauer, Karlsruher Forum 1961, 28 ff.

Eine Einschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit liegt vor, bei § 300 Abs. 1 (Schuldner bei Gläubigerverzug), § 521 (Schenker), § 599 (Verleiher), § 680 (Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr), § 839 I (Beamtenhaftung insoweit nicht subsidiär), § 912 (Überbau) und § 968 (Finder). Auf konkrete Fahrlässigkeit und damit höchstens auf grobe Fahrlässigkeit (§ 277) ist die Haftung eingeschränkt bei § 690 (unentgeltliche Verwahrung), § 708 (Gesellschafter), § 1359 (Ehegatten), § 1664 (Eltern) und § 2131 (Vorerbe)

3) §§ 273 Abs. 2 und 393, kein Zurückbehaltungsrecht und keine Aufrechnung desjenigen, der eine vorsätzliche unerlaubte Handlung begangen hat.

§§ 892, 990 Abs. 1, S. 2, wo der Rechtsirrtum die Kenntnis ausschließt. So wohl auch § 179 Abs. 2 beim falsus procurator und in § 720, Schutz des Schuldners, dessen Forderung auf eine gegründete Gesellschaft übergegangen ist. Ferner die Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens, der nur bei grober Fahrlässigkeit entfällt, insbesondere § 851, §§ 932 ff, §§ 2024, 2025

4) Ob durch eine neue Auslegung der betreffenden Vorschriften eine Übernahme der Schuldtheorie erreicht werden könnte, ist hier nicht zu erörtern.

5) Baumann, AcP 155, 495 (508 IV, 514 V, 518);

Blomeyer, § 24 2 b, S. 123; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 151;

Esser I, § 37 III, S. 241; Fikentscher, § 53 III 3 d, S. 284, nach dessen Auffassung für die Erfassung der individuellen Rechtsfahrlässigkeit im Zivilrecht kein Bedarf besteht; Lorenz I, § 20 II, S. 207;

a.A. Enn.-Nipperdey, § 213 II, III, S. 1320 ff;

die Rechtsprechung folgt der Vorsatztheorie, BGH NJW 65, 962 (963 2a) zu § 839 BGB; ebenso die Kommentare,

Reimer Schmidt in Soergel-Sieber, § 276 Anm. 6, 9;

Heinrichs in Palandt, § 276 Anm. 3 b;

Erman, § 276 Anm. 4, S. 536,

Kaduk in Staudinger, § 276 Anm. 8

6. Übernahme der Schuldtheorie beim strafrechtlichen Schutzgesetz in § 823 Abs. 2 BGB

Es bleibt nur noch die Frage, inwieweit sich die Schuld beim strafrechtlichen Schutzgesetz für das Zivilrecht aus dem Strafrecht ergeben soll. Dieselbe Frage stellt sich für die Ordnungswidrigkeiten, für welche die Schuldtheorie im § 6 Abs. 3 OWiG gesetzlich verankert ist. Beide Fragen müssen einheitlich beantwortet werden, und werden daher gemeinsam behandelt. Bei einer vollständigen Akzessorietät der Schuld vom Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht ergeben sich zwei "haftungsrechtliche Enklaven".¹⁾ Einmal beginnt die Deliktfähigkeit für beide Rechtsgebiete erst mit dem 14., die zivilrechtliche dagegen - Einsicht vorausgesetzt - mit dem 7. Lebensjahr, § 828 Abs. 2 BGB, § 1 Abs. 3 JGG und § 7 Abs. 1 OWiG i.V. mit §§ 3 und 1 Abs. 2 JGG, zum anderen gilt im Straf- wie im Ordnungswidrigkeitenrecht ein individualisierter Fahrlässigkeitsbegriff im Gegensatz zum typisierten Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts, der auf die Durchschnittsanforderung abstellt. Im ersten Fall würde sich bei vollständiger Akzessorietät für Kinder unter 14 Jahren eine aus dem Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht bedingte Enklave der Haftungsfreiheit trotz im Zivilrecht vorgesehener Verschuldenszurechnung ergeben. Im zweiten Fall würde sich für Personen, die den Durchschnittsanforderungen nicht entsprechen, eine aus denselben Rechtsgebieten bedingte Enklave einer echten subjektive Verschuldenshaftung für das Gebiet der Fahrlässigkeit ergeben. Diese haftungsrechtliche Enklave der strafrechtlichen Fahrlässigkeit müßte sich vom Standpunkt der Schuldtheorie aus, auch auf die Behandlung des Verbotsirrtums beziehen, wenn dieser bei individueller Betrachtung unvermeidbar, von der Durchschnittsanforderung her gesehen jedoch vermeidbar war.²⁾ Diese für das Gebiet der Fahrlässigkeit und Rechtsfahrlässigkeit beim Schutzgesetz bestehende Enklave einer echten subjektiven Verschuldenshaftung würde umgekehrt, vom Standpunkt des Zivilrechts aus, eine Enklave der Haftungsfreiheit bedeuten, die trotz der auf Grund des objektiven Verschuldensbegriffs und typisierten Fahrlässigkeitsbegriffs möglichen Verschuldenszurechnung bestehen würde. Andererseits führt die vollständige Akzessorietät vom Standpunkt der Vorsatztheorie aus zu einer Ausweitung der Haftung für vorsätzliche Tatbestandverwirklichung, da im Straf-

1) Geilen, JZ 64, 7, der jedoch das Problem ohne Berücksichtigung des Ordnungswidrigkeitenrechts behandelt.

2) Geilen, JZ 64, 8; Wiethölter, JZ 63, 209 1.Sp.

und Ordnungswidrigkeitenrecht die Schuldtheorie bestimmend ist.¹⁾ Die Lösung des Problems setzt eine klare Trennung zwischen dem Unrecht des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts des Schutzgesetzes und der zivilrechtspezifischen Vorwerfbarkeit der unzulässigen Handlung voraus.²⁾

Geht man zunächst vom Wortlaut des § 823 Abs. 2 aus, so verlangt dieser ein bloßes Zuwiderhandeln ohne Rücksicht auf Verschulden. In § 823 Abs. 2, S. 2, wird mindestens ein fahrlässiger Verstoß gefordert, falls ein objektiver für das Schutzgesetz als solches ausreicht. Dadurch sollte für das BGB das Verschuldensprinzip gewahrt werden, da die strafrechtliche Rechtsprechung vielfach bei den Polizeidelikten von jedem Verschulden abseh.³⁾ Seit dem Ordnungswidrigkeitengesetz vom 25.3.1952 (BGBl. I, 177) sind solche Fälle kaum mehr denkbar.⁴⁾

Fraglich ist zunächst, ob im übrigen § 823 Abs. 2 auf das Schutzgesetz im ganzen, also einschließlich des subjektiven Tatbestandes Bezug nimmt,⁵⁾ oder ob ein eigenes deliktisches Verschulden im Sinne des Zivilrechts zu verlangen ist.⁶⁾

Die letztere Auffassung, die vor allem von Esser vertreten wird, zieht aus der oben dargestellten Tatsache, daß das BGB bei Erlass von der Vorsatztheorie ausging, auch für § 823 Abs. 2 die Konsequenz, diese Vorschrift vom Standpunkt dieser Theorie her auszulegen.⁷⁾ Bei der Frage, ob die Schuldtheorie für das ganze Zivilrecht übernommen werden soll, ging es nur um eine Harmonisierung der Begriffe.⁸⁾ Bei § 823 Abs. 2 dagegen geht es um die Harmonisierung der Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung an ein und dasselbe Verhalten anknüpft. Die Entscheidung ist dabei so zu treffen, daß der Widerspruch, vom Normzweck und vom Systemzusammenhang her gesehen, so gering wie möglich wird. Das bedeutet für § 823 Abs. 2, daß es nicht angeht, ein Verhalten strafrechtlich zu ahnden und zivilrecht-

1) Esser § 37 III 2, a.E. S. 242;

2) Geilen, JZ 64, 8;

3) v. Liszt, Deliktobligationen, S. 36

4) vgl. BGHZ 46, 17 (21) zu einer Polizeiverordnung auf Grund von § 22 PrWassG.

5) BGH NJW 62, 911 = BGH JZ 63, 218; Fikentscher, § 53 III 3 c, S. 284;

Larenz II, § 72 II, S. 470; Wiethölter, JZ 63, 205 ff.

Im Ergebnis auch Geilen, JZ 64, 7 ff und 13 (VI Nr. 1) vom Standpunkt der finalen Handlungslehre aus.

Zeuner in Soergel-Sieber, § 823 Anm. 340;

Thomas in Palandt, § 823 Anm. 9 c;

6) Esser, Bd. 1, § 37 III 2, S. 243

7) Wiethölter, JZ 63, 208

8) vgl. Wiethölter, JZ 63, 210/1. Aus der Anwendung der Schuldtheorie sollten sich keine "unangemessenen Verschiebungen" ergeben.

liche Schadenersatzansprüche zu verweigern, obwohl ein Schaden entstanden ist.¹⁾ Auch aus dem Systemzusammenhang ist die von Esser vertretene Lösung für § 823 Abs. 2 abzulehnen, da sie bedeutet, daß trotz objektiven Verschuldensbegriffs des BGB im Zivilrecht in größerem Umfang subjektiviert wird, als dies das Strafrecht verlangt.²⁾

Was für das Strafrecht ausgeführt worden ist, gilt, wenn auch mit geringerer Intensität, für die Ordnungswidrigkeiten, wobei für diese als weiteres Argument hinzukommt, daß die Schuldtheorie dort kraft gesetzlicher Anordnung gilt.

a) Vollständige Verweisung auf das Schutzgesetz?

Soweit damit der Auffassung zugestimmt wird, daß § 823 Abs. 2 auf das Schutzgesetz im ganzen verweist, stellt sich die weitere Frage, ob diese Verweisung die Voraussetzungen für die Schadenersatzfolge abschließend regelt,³⁾ oder ob die Rechtsfahrlässigkeit nach dem typisierten Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts zu überprüfen ist.⁴⁾

Nach der ersten Auffassung bleibt die oben geschilderte, durch den subjektiven Verschuldensbegriff des Strafrechts bedingte Enklave der Haftungsfreiheit bestehen. Die zweite Auffassung führt dazu, daß gegebenenfalls trotz Freispruch oder Absehen von einem Bußgeldbescheid eine zivilrechtliche Schadenersatzpflicht bejaht wird.⁵⁾ Diese Auffassung wird der Aufgabe des Zivilrechts, nicht nur die Interessen des Schädigers, sondern auch des Geschädigten zu sehen und objektiv auszugleichen, besser gerecht. Sie führt zu einer Enklave der Verursachungshaftung im Bereich der Rechtsfahrlässigkeit. Vom Standpunkt der Rechtsprechung des BGH aus ergibt sich dagegen eine Enklave einer subjektiven Verschuldenshaftung, die vom sonst geltenden typisierten Fahrlässigkeitsbegriff des BGB her gesehen, eine Enklave der Haftungsfreiheit ist.

1) Fikentscher, § 53 III 3 c, S. 284; Wiethölter, JZ 63, 209

2) Geilen, JZ 64, 9 1.Sp.

3) BGH NJW 62, 910 = JZ 63, 218; Fikentscher, § 53 III 3 c, S. 284; Wiethölter, JZ 63, 209 (II c);

4) Larenz II, § 66, S. 436; Geilen, JT 64, 8, 13 (VI Nr. 1); a.A. Baumann, der aus der Denkmöglichkeit eines verobjektivierten Gewissens, eine Subjektivierung des Verschuldensbegriffs bei Übernahme der Schuldtheorie für notwendig hält, Baumann, AcP 155, 495 (505). Es ist jedoch im Zivilrecht möglich und für § 826 praktiziert, ein Mindestmaß an Gewissen vorauszusetzen, Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 151.

5) Damit wird vom Standpunkt der Vorsatztheorie aus die Haftung nochmals ausgeweitet.

b) Sonstige Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB

Übereinstimmung besteht darin, daß die sonstigen Voraussetzungen der Haftung, also insbesondere die Deliktsfähigkeit sich nicht aus der Verweisung, sondern aus dem Deliktsrecht ergeben, §§ 828, 829. ¹⁾ Damit entfällt die durch die unterschiedliche Altersregelung in § 828 BGB einerseits und in § 1 Abs. 3 JGG andererseits, von Geilen ²⁾ aufgezeigte mögliche Enklave der Haftungsfreiheit.

1) Esser I, § 37 III, S. 242;

2) Geilen, JZ 64, 7

§ 7 DER VERGLEICHSBEGRIFF FÜR DIE FAHRLÄSSIGKEIT

1. Individuelle Fahrlässigkeit als erster Vergleichsbegriff

Die Fahrlässigkeit ist für die im Zivilrecht h.L. eine der beiden Schuldformen. In § 276 Abs. 1, S. 2, ist die Fahrlässigkeit definiert. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Damit enthält die Definition ein objektives Kriterium und steht im Widerspruch zum subjektiven Verschuldensbegriff, der für die vorliegende Arbeit als Vergleichsbegriff verwendet wird.¹⁾ Dieser Begriff ist für die Besprechung der Fahrlässigkeit zu präzisieren. Aus dem Zweck dieses Begriffes für die Arbeit kann die Präzisierung nur dahin erfolgen, daß nur die Verletzung der auf die Individualität abgestimmten Sorgfalt als fahrlässige, subjektive Schuld verstanden werden kann. Fahrlässig handelt demnach, wer im Verkehr die ihm individuelle mögliche Sorgfalt außer acht läßt. Die Sorgfaltsverletzung kann also nur dann vorgeworfen werden, "wenn der individuelle Täter nach Maßgabe seiner Einsichtsfähigkeit den Erfolg voraussehen konnte."²⁾ Der hier für die Fahrlässigkeit erforderliche Vergleichsbegriff entspricht damit dem des Strafrechts, wie es für den Vergleichsbegriff der subjektiven Schuld der Fall war.³⁾

Auf die beiden Formen der Fahrlässigkeit angewandt, bedeutet dieser Fahrlässigkeitsbegriff,

- a) daß bewußte Fahrlässigkeit vorliegt, wenn die objektiv erforderliche Sorgfalt im Vertrauen auf das Ausbleiben des möglichen Erfolges verletzt wurde; und daß
- b) unbewußte Fahrlässigkeit vorliegt, wenn die zwar nicht erkannte, aber dem Täter erkennbare objektiv erforderliche Sorgfalt in Bezug auf die dem Täter erkennbare Möglichkeit des Erfolgseintritts verletzt wurde.⁴⁾

Um eine Abgrenzung der unbewußten Fahrlässigkeit von den Fällen einer nur als sittliche Schuld⁵⁾ vorwerfbaren Handlung zu ermöglichen, muß gefordert werden, daß die Erkennbarkeit aktuell gegeben ist. Mit dieser Einschränkung soll zur Unterscheidung von den verschiedenen Fahrlässigkeitsbegriffen in Rechtsprechung und Lehre von individueller Fahrlässigkeit gesprochen werden.

1) siehe oben § 3, S. 13

2) Welzel, § 22 III 5, S. 176

3) siehe oben § 3, S. 13

4) Welzel, § 22 III 5, S. 175

5) siehe oben § 2, 3 c, S. 8; 4 c, S. 12

II. Die im Höchstmaß erforderliche Sorgfalt als weiterer Vergleichsbegriff

Der Begriff der Fahrlässigkeit ist umstritten. Zum alten Gegensatz zwischen objektiven und subjektiven Theorien der Fahrlässigkeit ist die Auseinandersetzung um die Einordnung der Fahrlässigkeit im Tatbestand hinzugekommen. Auf diese Streitfrage ist insoweit einzugehen, als sie auf das Maß der Berücksichtigung individueller Merkmale und damit auf das Maß der Annäherung des Fahrlässigkeitsbegriffs an die individuelle Fahrlässigkeit von Einfluß sein können oder besondere Fähigkeiten nicht berücksichtigen, so daß Enklaven der Haftungs-freiheit entstehen können.

1. Die Notwendigkeit eines weiteren Vergleichsbegriffs

Um zu einer übersichtlichen Darstellung der verschiedenen Theorien zu kommen und einen klaren Vergleich mit dem individuellen Begriff der Fahrlässigkeit vornehmen zu können, ist es erforderlich, einen weiteren Vergleichsbegriff einzuführen, der die äußerste objektive Komponente der Fahrlässigkeit enthalten muß. Nur dann ist es möglich, durch Vergleich dieses Begriffes mit den objektiven Anforderungen der verschiedenen Theorien den Bewegungsspielraum ¹⁾ festzustellen, der durch diese Anforderungen dem Handelnden gewährt wird.

In einem zweiten Schritt ist dann durch Vergleich dieses Bewegungsspielraums mit dem Begriff der individuellen Fahrlässigkeit festzustellen, inwieweit dieser Bewegungsspielraum trotz möglicher Verschuldenszurechnung gewährt wird, inwieweit also besondere Fähigkeiten nicht angerechnet werden. ²⁾

Auf der subjektiven Seite sind die subjektiven Anforderungen der verschiedenen Theorien - bezogen auf deren objektive Anforderungen - mit dem Begriff der individuellen Fahrlässigkeit zu vergleichen. Dadurch können die Enklaven der Verursachungshaftung herausgearbeitet werden.

Dieser Vergleichsbegriff muß ferner mit den verschiedenen Theorien vereinbar sein, da sonst kein Vergleich möglich ist, d.h. er darf nur graduell verschieden sein.

1) vgl. den Aufbau der Bewegungsspielräume bei Deutsch, Fahrlässigkeit, in § 7, S. 117 ff. Bewegungsspielräume ergeben sich fortschreitend: durch das Erfordernis der Adäquität (S. 118), die Zulassung gefährlichen Verhaltens (S. 121), für Verhaltensnormen durch die Erkennbarkeit (S. 124) und insbesondere durch den Bezug der Sorgfaltsanforderung auf die Person des Handelnden, die nach einem Standard beurteilt wird (S. 126 ff).

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 128; Welzel, § 18 I 1 aa, S. 132

Es ist also zu prüfen, ob ein Vergleichsbegriff möglich ist, der die äußerste objektive Komponente der Fahrlässigkeit enthält (2), und ob dieser Begriff mit denen der verschiedenen Theorien vereinbar ist (3).

2. Die im Höchstmaß erforderliche Sorgfalt

Als äußerste objektive Komponente der Fahrlässigkeit ist die Sorgfalt in ihrem Höchstmaß¹⁾ anzunehmen, die objektiv erforderliche Sorgfalt. Diese verlangt nicht nur ein äußeres Verhalten, sondern unter Umständen auch die Kenntnis von Tatbestandsmerkmalen, z.B. der Fremdheit der Sache oder der Umstände, die eine Garantenpflicht begründen. Die objektive erforderliche Sorgfalt ist daher zu verstehen als äußere und innere Sorgfalt im Höchstmaß. Zur klaren begrifflichen Unterscheidung wird im weiteren vom Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt gesprochen werden.

Die im Höchstmaß objektiv erforderliche Sorgfalt ist je nach Tatbestand verschieden.

(1.) Bei Erfolgstatbeständen besteht sie darin,

- a) daß das sachgemäße äußere und innere Verhalten erbracht wird, durch das der Erfolgseintritt vermieden wird;
- b) daß, soweit im Rahmen einer zugelassenen Gefahr gehandelt wird, dieses gefährliche Verhalten sachgemäß gesteuert wird;
- c) daß bei allen noch nicht voll entwickelten Fähigkeiten, Wissenschaften und Berufen jedes Verhalten an der Zielvorstellung der Tätigkeit zu überprüfen ist.

Durch diese ständig wiederholte Frage und die Berücksichtigung der Antworten werden die Anforderungen an die objektive Sorgfalt immer höher geschraubt. Die Antwort auf die Frage, ob eine Handlung *lege artis* vorgenommen wurde, ist daher vom Datum der Vornahme abhängig.

(2.) Bei Verhaltensnormtatbeständen besteht sie darin, sich normgemäß zu verhalten.

3. Die Vereinbarkeit dieses Vergleichsbegriffs mit den Fahrlässigkeitstheorien

Es ist nunmehr zu prüfen, ob dieser Begriff des Höchstmaßes objektiv erforderlicher Sorgfalt

1) vgl. dazu für diesen Abschnitt 2: Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 183, Ziff. 2 a und b, dessen Begriffsbildung hier übernommen wird.

als Vergleichsbegriff mit den Begriffen der verschiedenen Theorien vereinbar ist. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, daß diesem Vergleichsbegriff des Höchstmaßes objektiv erforderlicher Sorgfalt ein weiterer Vergleichsbegriff gegenübersteht, nämlich der der individuellen Fahrlässigkeit. Damit entsprechen die beiden Vergleichsbegriffe formal dem Doppelmaßstab eines Teils der subjektiven Theorien.¹⁾

a) Mit den subjektiven Theorien

aa) ... mit Doppelmaßstab

Diese subjektiven Theorien unterscheiden zwischen objektiv erforderlicher und subjektiv möglicher Sorgfalt.²⁾ Der Maßstab für die objektiv erforderliche Sorgfalt ist entweder identisch mit den Anforderungen des Vergleichsbegriffs oder er stellt geringere Anforderungen.³⁾ In allen Fällen ist er jedoch mit dem Vergleichsbegriff vereinbar, da nur graduelle Unterschiede bestehen.

bb) ... mit Einheitsmaßstab

Einige Anhänger der subjektiven Theorie vertreten einen einheitlichen individuellen Sorgfaltsmaßstab.⁴⁾ Es ist zu prüfen, inwieweit der Vergleichsbegriff damit vereinbar ist. Der Vergleichsbegriff des Höchstmaßes objektiv erforderlicher Sorgfalt verliert in diesem Fall seine Funktion, da es für die vorliegende Arbeit nicht darauf ankommt, Bewegungsspielräume an sich festzustellen, sondern die Bedeutung der Verschuldenshaftung. Ein Vergleich der Bewegungsspielräume mit den Verschuldensanforderungen dieser subjektiven Theorie wird jedoch kein Ergebnis bringen, da der Bewegungsspielraum bei dieser gerade durch das Fehlen der Schuld begrenzt wird. Der Vergleichsbegriff des Höchstmaßes objektiv erforderlicher Sorgfalt ist also für die subjektiven Theorien mit einheitlichem Maßstab überflüssig.

Für die subjektiven Theorien kann als Ergebnis festgehalten werden, daß der Vergleichsbegriff des Höchstmaßes objektiv erforderlicher Sorgfalt mit diesen vereinbar oder für diese überflüssig ist.

1) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 23 ff, 127

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 127

3) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 127

4) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 22 Anm. 1 und 2, S. 192 Anm. 57

b) Mit dem Einheitsmaßstab der objektiven Theorien

Für die objektiven Theorien gilt nur ein einheitlicher, standardisierter Sorgfaltsmaßstab.¹⁾ Dieser ist geringer als der Maßstab des Höchstmaßes objektiv erforderlicher Sorgfalt. Da also nur ein gradueller Unterschied besteht, ist der Vergleichsbegriff auch mit den Auffassungen der objektiven Theorien vereinbar.

Die Möglichkeit eines Doppelmaßstabs in diesem Sinne für die objektiven Theorien ist von Deutsch bejaht worden.²⁾ In diesem Fall wird eine objektiv bemessene Sorgfalt und eine das Können des Handelnden schematisch berücksichtigende Sorgfalt unterschieden.³⁾

c) Mit den normativen Theorien

Es bleibt die Vereinbarkeit des Vergleichsbegriffs mit den Theorien zu prüfen, welche die objektiven Sorgfaltsanforderungen in den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit einordnen wollen. Der Vergleichsbegriff hat die Funktion im ersten Schritt Bewegungsspielräume und im zweiten Schritt festzustellen, inwieweit diese Bewegungsspielräume trotz möglicher Verschuldenszurechnung gewährt werden. Durch die Einordnung der objektiven Sorgfalt in den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit ändert sich die graduelle Abstufbarkeit der objektiven Sorgfalt nicht.⁴⁾ Dagegen verlieren die Bewegungsspielräume ihren Charakter als solche und erscheinen als Einschränkungen der Norm,⁵⁾ da deren Gültigkeit vom Maßstab der objektiven Sorgfalt abhängig wird.⁶⁾ Dies ist besonders für die Vertreter der verhaltensbezogenen Unrechtslehre der Fall.

Mit dieser Einschränkung, daß nicht mehr Bewegungsspielräume festgestellt werden, sondern Einschränkungen der Norm und im zweiten Schritt nicht mehr diese Bewegungsspielräume, sondern Normeinschränkungen mit dem individuellen Fahrlässigkeitsbegriff verglichen werden, ist der Vergleichsbegriff auch mit den Theorien vereinbar, die die objektive Sorgfalt im Tatbestand oder bei der Rechtswidrigkeit einordnen wollen.

1) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 28 ff, 128 unter 2.

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 129 mit weiteren Nachweisen in Anm. 57

3) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 129

4) "Letzten Endes sind "Rechtswidrigkeit" und "Fahrlässigkeit" keine ein für alle Male festliegenden Kategorien, sondern graduierbare Stufen der rechtlichen Qualifizierung einer Handlung." Larenz I, § 20 IV, S. 215

5) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 195

6) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 193; Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 36

III. Vergleichsbegriff als Doppelmaßstab

Die Untersuchung der Fahrlässigkeit erfolgt deshalb mit zwei Vergleichsbegriffen, die als Doppelmaßstab erscheinen. Auf der einen Seite eine objektive Komponente, die im Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt zu sehen ist und auf der anderen Seite eine subjektive Komponente, nämlich die individuelle Fahrlässigkeit, die nur bei Verletzung der dem Handelnden individuell möglichen Sorgfalt zu bejahen ist. Mit diesen Begriffen ist keine Stellungnahme zu den verschiedenen Fahrlässigkeitsbegriffen verbunden. Es wird auch nicht zu der Frage Stellung genommen, ob ein einheitlicher Fahrlässigkeitsbegriff gelten soll, oder ob die Sorgfalt für die Rechtswidrigkeit abstrakt zu bestimmen und danach die Sorgfaltsverletzung nach typisierten oder individuellen Anforderungen zu prüfen ist. Die Begriffe der individuellen Fahrlässigkeit und des Höchstmaßes objektiv erforderlicher Sorgfalt dienen nur als Vergleichsbegriffe, ¹⁾ um die Enklaven der Verursachungshaftung bzw. der Haftungsfreiheit herauszuarbeiten.

1) Aebi, S. 62; Rümelin, Verschulden, S. 3 Anm. 4; vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 127; "Die Entscheidung für oder gegen einen doppelten Maßstab sowie die Bestimmung des ersten Maßstabes sind von dem Zweck abhängig, dem diese Unterscheidung dient."

§ 8 DIE AUFFASSUNG DER FAHRLÄSSIGKEIT IN DER LITERATUR

1. Die subjektiven Theorien der Fahrlässigkeit

Die subjektiven Theorien der Fahrlässigkeit wurden und werden nur von einer Minderheit in der Literatur vertreten.

1. Ältere Subjektivisten

a) Insbesondere Brodmann, Leonhard und Zitelmann

Brodmann übernimmt den Doppelmaßstab bei der Fahrlässigkeit im Strafrecht, wie ihn Liszt in seinem Lehrbuch ¹⁾ formulierte für das Zivilrecht. ²⁾ Gefordert wird die "nach Lage der Umstände erforderliche Sorgfalt, die sich zu bestimmen hat nach der objektiven Natur der vorgenommenen Handlung, " ³⁾ als allgemeiner und objektiver Maßstab. An diesem wird gemessen, ob der Handelnde überhaupt und im Augenblick des Handelns den schädigenden Erfolg seiner Handlung vorhersehen konnte. ⁴⁾

Leonhard fordert eine scharfe Unterscheidung zwischen der Beschaffenheit der Sachlage und der des Täters. ⁵⁾ "Die Lage ist völlig nach den Besonderheiten des vorliegenden Falles zu beurteilen". ⁶⁾ In Bezug auf diese Sachlage ist dann zu fragen, wie ein vernünftiger Durchschnittsmensch gehandelt haben würde. ⁷⁾ Dadurch erhält man einen abstrakten, nach den allgemeinen Anschauungen bestimmten Sorgfaltsmaßstab. ⁸⁾ Danach ist zu fragen, ob der Handelnde nach seinen persönlichen Fähigkeiten in der Lage war die Forderungen des abstrakten Maßstabes zu erfüllen. War dies nicht der Fall, so entfällt ein Schuldvorwurf. ⁹⁾

Leonhard folgten Siber ¹⁰⁾ und Enneccerus. ¹¹⁾ Enneccerus gab dabei seine frühere ob-

1) vgl. auch die von Liszt selbst vorgenommene Übertragung auf das Zivilrecht in Deliktsobligationen, S. 55;

2) Brodmann, AcP 99, 369, 371;

3) Brodmann, AcP 99, 376;

4) Brodmann, AcP 99, 369/70;

5) Leonhard in Festgabe für Enneccerus 1913; Leonhard, Schuldrecht, S. 439/40;

6) Leonhard, Schuldrecht, S. 439/40;

7) Leonhard, aaO, S. 441;

8) Leonhard, aaO, S. 441;

9) Leonhard, aaO, S. 442;

10) Siber, Schuldrecht, S. 43;

11) Enneccerus, LB Bd. 1, 12. Bearb. 1928, S. 551 ff;

jektive Auffassung der Fahrlässigkeit auf.¹⁾

Zitelmann bestimmt den abstrakten Sorgfaltsmaßstab "an dem Benehmen von Mustermenschen, deren Typus nach der Durchschnittsbeobachtung des Verkehrs geformt ist."²⁾ Während Cosak-Mitteis³⁾ auf "die Verkehrssitte" abstellen, ist für v. Tuhr "der Berufskreis des Täters und die Beschaffenheit der in Betracht kommenden Handlung"⁴⁾ maßgebend. Die Außerachtlassung dieser so bestimmten Sorgfalt kann "dem Täter jedoch nur soweit zum Verschulden angerechnet werden, als er vermöge seiner geistigen und körperlichen Fähigkeiten imstande war, das Erforderliche zu erkennen und zu leisten."⁵⁾ Maßgebend ist immer die individuelle Beschaffenheit des Täters.

b) Vergleich mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe

aa) Mit der individuellen Fahrlässigkeit

Der Begriff der Fahrlässigkeit der älteren Subjektivisten entspricht dem Vergleichsbegriff der individuellen Fahrlässigkeit. Wesentlich für die Frage nach den Enklaven ist jedoch noch, wer die Beweislast für das Vorliegen der individuellen Fahrlässigkeit hat. Für die älteren Subjektivisten bleibt es bei der Grundregel, daß der Kläger die Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen hat.⁶⁾ Dadurch wird das Schuldprinzip in voller Konsequenz durchgeführt. Diese Konsequenz ist die Folge einer starken Anlehnung an das Strafrecht⁷⁾ und einer dadurch bedingten Betonung des "Strafcharakters" des Schadenersatzanspruchs auf Kosten des Ausgleichsgedankens. In diesem Sinne spricht Brodmann von der "sittlichen Kraft" der Richtersprüche, "als einer Verurteilung unseres Tuns und Lassens"⁸⁾ und hält es für "kein unerträgliches Übel",⁹⁾ wenn die Schadenersatzpflicht einmal zu unrecht verneint wird.

Dieser vom Geschädigten her gesehen außerordentlich strenge Standpunkt, wird nur durch

1) Enneccerus, LB Bd. 1, 6.-8. Aufl. 1911, S. 531 f;

2) Zitelmann, BGB AT, S. 158;

3) Cosak-Mitteis, Lehrbuch, S. 283;

4) v. Tuhr, AT des BGB II, 2, S. 488;

5) v. Tuhr, aaO, S. 488;

6) Cosak-Mitteis, aaO, S. 773; Brodmann, AcP 99, 382 ff;

7) vgl. Dölle, Gutachten zum 34. DJT, S. 113 ff, der in Zusammenhang mit der Strafrechtsreform für eine subjektive Auffassung der Fahrlässigkeit eintrat.

8) Brodmann, AcP 99, 386;

9) Brodmann, AcP 99, 384

die Anerkennung des Übernahmeverschuldens,¹⁾ welches ebenfalls individuell festgestellt werden muß, gemildert.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß die Auffassung der Fahrlässigkeit durch die älteren Subjektivisten zu keiner Enklave der Verursachungshaftung führt.

bb) Mit dem Höchstmaß erforderlicher Sorgfalt

Der von den älteren Subjektivisten gewählte abstrakte Maßstab orientiert sich nach allgemeinen Anschauungen und Durchschnittsanforderungen von Verkehrskreisen. Er entspricht daher nicht dem Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt, so daß die Möglichkeit von Enklaven der Haftungsfreiheit besteht, sofern überdurchschnittliche Fähigkeiten nicht angerechnet werden. Zu dieser Frage hat von den angeführten Autoren nur Brodmann Stellung genommen. Nach ihm ist eine "außerordentliche Begabung" selbstverständlich anzurechnen.²⁾

cc) Ergebnis

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß die Auffassung der älteren Subjektivisten weder zu einer Enklave der Verursachungshaftung noch der Haftungsfreiheit führt.

2. Moderne Subjektivisten

a) Nipperdey

Die subjektive Theorie ist von Nipperdey fortgeführt worden. Bei ihm zerfällt jedoch der Doppelmaßstab der subjektiven Fahrlässigkeit in Rechtswidrigkeit und Schuld, denn "mit der Frage nach der Nichteinhaltung der 'im Verkehr erforderlichen Sorgfalt' wird nämlich zunächst nur beantwortet, wie die Handlung gemessen an der von einem einsichtigen und besonnenen Durchschnittsmenschen ausgehenden allgemeinen Verhaltensnorm zu beurteilen ist, nicht aber kann damit entschieden werden, ob dem Täter diese Nichteinhaltung der verkehrsmäßigen Sorgfalt auch persönlich vorwerfbar ist."³⁾

1) Leonhard, Schuldrecht, S. 444 ff; v. Tuhr, aaO, S. 488;

2) Brodmann, AcP 99, 370

3) Enn.-Nipperdey, § 209 IV A 2 b, S. 1282

aa) Sozialadäquates Maß der Sorgfalt als Rechtswidrigkeitsurteil

Der abstrakte Maßstab für die erforderliche Sorgfalt bestimmt sich nach den Anforderungen des Verkehrs. Diese bestimmen das notwendige Maß von Umsicht und die gebotene Sorgfalt. "Die 'erforderliche Sorgfalt' ist also zunächst danach zu bestimmen, was nach der Art der in Betracht kommenden Tätigkeit von einem dem sachkundigen Verkehrskreis zugehörigen normalen, ordentlichen und verständigen Menschen erwartet werden durfte und konnte." ¹⁾ Für die so bestimmte Sorgfalt besteht jedoch eine äußerste Grenze, die sich aus ihrem Wesen als Verhaltensnorm ergibt. So können unvermeidbare Rechtsgutverletzungen nicht gebotswidrig und rechtswidrig sein. Die Rechtsordnung kann sich aber nicht nur an dieser obersten Grenze orientieren. "Sie würde zwar dem Güterschutzgedanken in größtmöglichem Maße Rechnung tragen, aber dem sozialen Verkehr und der Persönlichkeitsentfaltung unerträgliche Schranken auferlegen." ²⁾ Die Rechtsordnung kann nur verlangen, "daß bei den Handlungen die Anforderungen erfüllt werden, die an einen normalen ordentlichen und verständigen Menschen in der zu beurteilenden konkreten Situation im Rahmen des sozialen Zusammenlebens gestellt werden können; m.a.W. sie darf erwarten, daß beim Handeln ein sozial-adäquates Maß eingehalten wird." ³⁾ In diesem Sinne sei die Sorgfaltspflicht des § 276 I 2 BGB zu verstehen.

Individuelle Tät ereigenschaften dagegen hätten bei der Bestimmung der objektiven Sorgfalt außer Betracht zu bleiben. Die entgegenstehende Auffassung der Rechtsprechung beim typisierten Fahrlässigkeitsmaßstab und beim Übernahmeverschulden kritisiert Nipperdey, da sie in unzulässiger Weise "das Rechtswidrigkeitsurteil mit dem Schuldurteil" vermengt. ⁴⁾

bb) Individuelle Fahrlässigkeit als Schuldurteil

Mit der Verletzung der sozial-adäquaten Sorgfaltspflicht steht die Schuld für Nipperdey noch nicht fest. Hinzukommen muß der Vorwurf, daß der Täter "nach seinen persönlichen, individuellen Fähigkeiten die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte vermeiden können." ⁵⁾ Der unerwünschte Erfolg muß daher, "wenn ein Verschulden vorliegen soll, unter Berücksichtigung der nicht vom Willen abhängigen geistigen und

1) Enn.-Nipperdey, § 211 I 3 a, S. 1308

2) Enn.-Nipperdey, § 209 IV B 2 b, S. 1295

3) Enn.-Nipperdey, § 209 IV B 2 b, S. 1295

4) Enn.-Nipperdey, § 211 I 3 a, S. 1310

5) Enn.-Nipperdey, § 213 III 2, S. 1321

körperlichen Eigenschaften (Verstand, Kenntnisse, Geschicklichkeit, Übung, Körperkraft) gerade dieses Täters voraussehbar und die Handlung von ihm beherrschbar sein." 1) 2)

b) Vergleich mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe

aa) Individuelle Fahrlässigkeit und Beweislast

Wie bereits bei der Besprechung der älteren Subjektivisten ausgeführt, ist die Frage nach den Enklaven einer Verursachungshaftung nicht bereits mit der Feststellung eines individuellen Fahrlässigkeitsbegriffs – wie er auch von Nipperdey vertreten wird – verneint, sondern es muß zudem die Beweislast entsprechend geregelt sein.

Nach Nipperdey trägt, im Gegensatz zu den älteren Subjektivisten, nicht der Schädiger, sondern der Geschädigte die Beweislast. Zuerst stellte Nipperdey diese Forderung in der Besprechung des Beschlusses des Großen Senats zumverkehrsrichtigen Verhalten³⁾ sowohl im Hinblick auf das Fehlen der objektiven als auch der subjektiven Fahrlässigkeit, auf.⁴⁾

Dies erfuhr eine eingehende Kritik durch Schmidt bei der Besprechung der Beweislast im Beschluß des Großen Senats.⁵⁾ Die Beweislast für das Fehlen der objektiven Fahrlässigkeit würde bedeuten, daß den Schädiger die Beweislast für die Rechtmäßigkeit bzw. Verkehrsrichtigkeit seines Verhaltens treffen würde. Das sei ein Widerspruch. "Wenn die moderne Entwicklung, wie der BGH behauptet, dazu geführt hat, die Rechtswidrigkeit an dem Verhältnis der Handlung zu den Verkehrsregeln zu messen, dann ist die ordnungswidrige, also rechtswidrige Handlung eine Säule des deliktischen Unrechts in § 823, die mindestens ebenso wichtig ist, wie die Verletzung des Körpers oder des Eigentums und die daher ebenso wie diese Verletzung vom Geschädigten bewiesen werden muß." 6) Im übrigen stimmt Schmidt der Auffassung Nipperdeys zur Fahrlässigkeit und der Beweislast des Schädigers für das Fehlen der individuellen Fahrlässigkeit zu.⁷⁾ In diesem Sinne korrigierte Nipperdey auf Grund der Kritik seine Auffassung von der Beweislast: "der Schädiger braucht nur den Beweis zu erbringen, daß er ohne Verschulden gehandelt hat." 8) Dies wird mit einer Ana-

1) Enn.-Nipperdey, § 213 III 2, S. 1321

2) vgl. auch Nipperdey in Festschrift für Alex Meyer, S. 95 ff, insbes. S. 100

3) BGHZ (GS) 24, 21 ff.

4) Nipperdey, NJW 57, 1777 (1782 VII)

5) Rudolf Schmidt, NJW 58, 488, 489 (3.) ff.

6) Rudolf Schmidt, NJW 58, 489 r.Sp.

7) Rudolf Schmidt, NJW 58, 488 (490); so auch Hafferburg, NJW 59, 1398 (1402)

8) Enn.-Nipperdey, § 216 Anm. 17

logie zur Beweislastregelung bei der Unzurechnungsfähigkeit begründet. ¹⁾

Diese Beweislastverteilung und das Übernahmeverschulden führen zu einer erheblichen Annäherung an den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff der h.L. ²⁾ Nicht nur in dem Sinne, daß der Schädiger das Beweisrisiko trägt, sondern auch insofern, als es dem Schädiger oft peinlich sein wird, Gründe für seine eigene Unfähigkeit vorzutragen. Diesen Gesichtspunkt trägt Larenz kritisch zum Fahrlässigkeitsmaßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten vor. ³⁾

Der individuelle Fahrlässigkeitsbegriff von Nipperdey führt also zu einer durch die Beweislastregelung bedingten Enklave der Verursachungshaftung.

bb) Sozialadäquanz als Höchstmaß erforderlicher Sorgfalt

Die Ansicht Nipperdeys von der "sozialadäquaten" Sorgfaltspflicht als Rechtswidrigkeitsmerkmal entspricht nicht dem Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt. Es stellt sich daher die Frage, ob überdurchschnittliche Fähigkeiten anzurechnen sind. Nipperdey nimmt zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung. Aus der Betonung, daß sozialadäquate Handlungen rechtmäßig seien ⁴⁾ folgt jedoch zwingend, daß eine Haftung für Nipperdey nicht möglich ist. Zu diesem Ergebnis gelangt auch Deutsch in seiner Besprechung der Ansicht Nipperdeys. ⁵⁾

Damit ist der durch die Sozialadäquanz gegebene Bewegungsspielraum zum Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt auch bei einer möglichen Verschuldenszurechnung von der Haftung frei. Es liegt also im Ergebnis eine Einschränkung des Normumfangs vor, die zu einer Enklave der Haftungsfreiheit führt.

cc) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die subjektive Auffassung der Fahrlässigkeit durch Nipperdey sowohl zu einer Enklave der Verursachungshaftung für Minderbegabte als auch

1) Enn.-Nipperdey, NJW 57, 1777 (1782 r.Sp.)

2) Dieser Auffassung ist auch Nipperdey: "Es wird sich also um Ausnahmen handeln, die unter Anwendung des Verschuldensgrundsatzes anders zu entscheiden wären als nach der noch herrschenden Meinung." Enn.-Nipperdey, § 213 III 2 d, S. 1325

3) Larenz I, § 20 VI, S. 216

4) Nipperdey, § 209 IV B 2 b, S. 1295; Nipperdey, NJW 57, 1777 (1779 IV)

5) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 27

zu einer Enklave der Haftungsfreiheit für Hochbegabte führt.

II. Die Auffassung der Fahrlässigkeit bei v. Caemmerer

Zwischen der Auffassung der subjektiven Lehre und der objektiven herrschenden Lehre steht die Ansicht von v. Caemmerer. Er lehnt "eine allgemeine Umdeutung der Fahrlässigkeitshaftung in eine Garantie für das Vorhandensein der durchschnittlichen Fähigkeit zu sachgerechtem Verhalten" ab.¹⁾ Statt dessen schlägt v. Caemmerer Fallbereiche vor, in denen eine solche Garantiehafung angebracht sei. Es sind im wesentlichen drei Bereiche: Erstens, die hier nicht weiter interessierende Garantie, welche in der vertraglichen Zusage einer Leistung enthalten ist. Zweitens, die Fälle außervertraglicher Haftung für das Verschulden anderer. Drittens, die deliktische Haftung, die mit einer zusätzlich bestehenden Gefährdungshaftung konkurriert. In diesem Fallbereich spreche die Tatsache, daß Pflichtversicherung bestehe oder ausreichende Deckungsvorsorge vorgeschrieben sei, dafür, "daß die Rechtsordnung von dem, der gefährliche Tätigkeiten dieser Art übernimmt, die Übernahme des Risikos eigenen Ungenügens erwartet."²⁾ Im übrigen aber, insbesondere im sonstigen Haftpflichtrecht des täglichen Lebens, als Fußgänger usw., müsse an der Forderung eines persönlich vorwerfbaren Verhaltens festgehalten werden.³⁾ Die Ansicht v. Caemmerers führt damit nur für die angegebenen Fallbereiche zu einer Enklave der Verursachungshaftung, die jedoch nicht prinziplos abgegrenzt, sondern klar motiviert ist.

III. Die normative Auffassung der Fahrlässigkeit

1. Ihre Begründung durch Esser

Für Esser ergibt sich aus der objektiven Fassung des § 276 I, 2 "daß er einerseits einen objektiven Pflichtenmaßstab aufstellen, zum anderen jedoch mit der Gleichstellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit in § 276 I, 1 und der für beide Verhaltensformen gültigen Verweisung auf die §§ 827, 828 in § 276 I, 3 die Fahrlässigkeit auch als Schuldmerkmal aufzufassen wollte."⁴⁾

1) v. Caemmerer, *Karlsruher-Forum*, S. 26, 1.Sp.

2) v. Caemmerer, *Karlsruher-Forum*, S. 27, Ziff. 3, vgl. dazu auch die der Auffassung v. Caemmerer entsprechende Entscheidung des BGH in JZ 68, 103 (Haftung für nicht erkennbaren Augenfehler eines PKW-Fahrers), sh. auch unten § 9 II 5, S. 61 ff

3) v. Caemmerer, *Karlsruher-Forum*, S. 27, Ziff. 4

4) Esser I, § 38 II, S. 245

Die Fahrlässigkeit ist daher für Esser, sowohl Rechtswidrigkeitsmaßstab¹⁾ als auch Schuldmaßstab.²⁾

Von dieser grundsätzlichen Einstellung aus unterscheidet Esser drei Gesichtspunkte bei der Fahrlässigkeit:

1. die im Verkehr erforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen, deren Verletzung den Unrechtsvorwurf begründet.³⁾ Sie sind objektiv, aber unter Berücksichtigung des "Typus der einzelnen konkreten Rechtsverhältnisse zu bestimmen."⁴⁾ Dabei ist der "Standard des betreffenden Berufes oder Tätigkeitsfeldes"⁵⁾ zugrunde zu legen.

2. ein normativer Teil des Schuldvorwurfs, der auf dem Vertrauensprinzip beruht.⁶⁾ Der Schuldvorwurf geht dabei von einem normal veranlagten und tüchtigen Menschen aus, der ein hinlänglich ausgebildeter und erfahrener Angehöriger seines Berufsstandes ist, wie ihn der verletzte Sozialpartner voraussetzen durfte und der bei Anspannung der gebotenen und ihm in dieser Situation möglichen Aufmerksamkeit und Willensstärke anders gehandelt und den Erfolg vermieden hätte.⁷⁾

Dieser Teil des Schuldvorwurfs gehört nicht zur Pflichtverletzung, da "der Vorwurf nach der Situation und ihrer Beherrschbarkeit durch einen nicht mit individuellen Fehlern behafteten verkehrstüchtigen Menschen bemessen wird,"⁸⁾ also ein subjektives Schulselement vorliegt. Andererseits ist er normativ, "weil auf die persönlichen Schwächen und Mängel gerade des Täters keine Rücksicht genommen wird."⁹⁾

3. die konkret gegebene Situation als individueller Teil des Schuldvorwurfs.¹⁰⁾ Hierzu gehören die Erkennbarkeit einer Gefahrenlage,¹¹⁾ unvorhersehbare Krisensituationen¹²⁾ und ähnliches. In diesem Sinne ist der Schuldvorwurf zwar nicht persönlichkeitsgebunden, aber "situationsbezogen, so daß der Schädiger dann entschuldigt ist, wenn es ihm ange-

1) Esser I, § 9 II, S. 65

2) Esser I, § 38 II, S. 245

3) Esser I, § 38 II, S. 246; zustimmend Scheffler, NJW 61, 577 (579, 580); vgl. auch BGH NJW 61, 600 zu § 829 = VersR 60, 909

4) Esser I, § 38 V, S. 249

5) Esser I, § 38 V, S. 250

6) Esser I, § 38 III, S. 247

7) Esser I, § 38 III, S. 247

8) Esser I, § 38 III, S. 248

9) Esser I, § 38 III, S. 247/48

10) Esser I, § 38 II, S. 246

11) Esser I, § 38 II 1, S. 246

12) Esser I, § 38 II 2, S. 247

sichts der besonderen Lage nicht zuzumuten war, die objektiven Sorgfaltsregeln einzuhalten." ¹⁾

Während also der Rechtswidrigkeitsmaßstab durch den 1. Gesichtspunkt gebildet wird, ist die Schuldprüfung nach dem 1. und 2. Gesichtspunkt vorzunehmen.

2. Die Fortführung der Ansicht Essers durch Hainmüller

Die Doppelfunktion der Fahrlässigkeit bei Esser wurde von Hainmüller konsequent zu Ende gedacht. ²⁾ Er unterscheidet zwischen dem Fahrlässigkeitsunrecht, das die Pflichtwidrigkeit der Handlung bestimmt und der Fahrlässigkeitsschuld, die eine typisierte Vorwerfbarkeit darstellt.

Die Pflichtwidrigkeit liege in der Verletzung einer Regel, "die das Verhalten selbst in mehr oder weniger akkurat vorgezeichnete Bahnen lenken sollte." ³⁾ Diese Regeln können präzise, konkrete oder allgemeine Ge- oder Verbote sein. ⁴⁾ Die Fahrlässigkeitsschuld definiert Hainmüller wie die h.L. Das pflichtwidrige Verhalten wird am Standard gemessen und gefragt, ob der "Tüchtige" dieses Verkehrskreises in gleicher Lage die notwendigen Fähigkeiten erbringen konnte und erbracht hätte. ⁵⁾

"Der Vorwurf fahrlässigen Verschuldens trifft im Zivilrecht folglich denjenigen Schädiger, der pflichtwidrig und erfolgsqualifiziert gehandelt hat, wo er sich bei Aufwendung jener verlangten "standardisierten" Sorgfalt hätte pflichtgemäß (und schädigungsfrei) verhalten müssen." ⁶⁾

3. Vergleich mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe

Der normative Teil des Schuldvorwurfs der Fahrlässigkeit i.S. Essers und Hainmüllers führt zu Enklaven der Verursachungshaftung, da die individuellen Fähigkeiten nicht berücksichtigt werden. Diese Enklaven entsprechen in ihrem Umfang denen aus dem Fahrlässigkeitsbegriff der Rechtsprechung, da Esser und Hainmüller im Ergebnis mit dieser übereinstimmen. ⁷⁾

1) Esser I, § 38 II 2, S. 247

2) Hainmüller, S. 105 ff

3) Hainmüller, S. 111

4) Hainmüller, S. 111/12

5) Hainmüller, S. 119

6) Hainmüller, S. 216

7) vgl. die Zitate bei Esser I, § 38 Anm. 26, 27, 29, 30, 31, 32; Hainmüller, S. 119

Die im Verkehr erforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen entsprechen nicht dem Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt, so daß sich die Frage stellt, ob besondere Fähigkeiten anzurechnen sind. Dies bejaht Esser ¹⁾ mit dem Argument von Deutsch. "Handlungsfreiheit wird dem Einzelnen nicht in höherem Maße zugestanden, als er sie benötigt." ²⁾ Hainmüller nimmt zu dieser Frage nicht Stellung.

4. Ergebnis

Die Auffassungen von Esser und Hainmüller führen somit nur zu einer Enklave der Verurteilungshaftung für Personen, deren individuelle Fähigkeiten nicht dem geforderten Standard entsprechen.

IV. Die Fahrlässigkeit bei Wiethölter

Auf jede subjektive Komponente bei der Fahrlässigkeit will Wiethölter verzichten. ³⁾ Statt dessen unterscheidet Wiethölter in Anlehnung an das amerikanische Recht zwischen Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Gefährdungshaftung. Dieser Dreiteilung entsprechen auf der "subjektiven" Seite Risikoübernahme und bewußter Abfall vom Recht bei der Versatzhaftung; Risikoabgrenzung und individuell gefährliches Tun bei der Fahrlässigkeit; Risikoüberwälzung und generell gefährliches Tun bei der Gefährdungshaftung. ⁴⁾ "Jedermann ist verantwortlich (im Einstands- und nicht im Schuld sinne) für eine bestimmte Qualität des Tuns. Im Zivilrecht zählt nämlich das Tun des Menschen, nicht so sehr er selbst und sein Wollen." ⁵⁾ Die Fahrlässigkeitshaftung ist daher für Wiethölter wie für das amerikanische Recht ein Verhaltens- und nicht ein Willensfehler. ⁶⁾

In Ablehnung der subjektiven Auffassung der Fahrlässigkeit durch Nipperdey führt Wiethölter aus, daß es eben im Strafrecht um die Frage gehe: "Soll der Angeklagte ins Gefängnis oder nicht?" ⁷⁾ und fährt fort: "Diese allein auf individuelle Gerechtigkeit zielende Würdigung des einzelnen stößt im Zivilrecht gegen die soziale Gerechtigkeit. Schaden zu ersetzen ist auch dann noch gerecht, wenn es nicht gerecht wäre, ins Gefängnis zu müssen.

1) Esser, § 38 V, S. 250

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 143

3) Wiethölter, S. 45 ff;

4) Wiethölter, S. 52;

5) Wiethölter, S. 50;

6) Wiethölter, S. 53;

7) Wiethölter, S. 51

Die Fahrlässigkeitshaftung ist aber nichts anderes als das Übergewicht der sozialen Gerechtigkeit über die individuelle im Schadensrecht. ¹⁾ Mit ihr hat die Rechtsordnung die Verteidigungslinie gegenüber dem Schadensunrecht mit Rücksicht auf die Interessen der Geschädigten vorverlegt, wie es das Strafrecht durch die Versuchsbestrafung mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens getan hat. ²⁾

Die Fahrlässigkeit "ist weniger als Schuldhaftung, weil sie den Schuldvorwurf ausschließt. Sie ist aber mehr als Gefährdungshaftung, weil sie die Nichtbeachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt zur Voraussetzung hat." ³⁾ Im dreigliedrigen Tatbestandsaufbau ist die Fahrlässigkeit dem Tatbestand als normatives Tatbestandsmerkmal zuzuweisen, da sie Grenzmaßstab für Unrecht und Unglück darstellt. ⁴⁾ Maßstab ist daher ein Verhalten, daß den im Verkehr gestellten Anforderungen genügt. ⁵⁾

Die Auffassung Wiethölters führt damit zwar nicht zu einer reinen Verursachungshaftung für Verhaltensfehler, da unter den Verhaltensfehlern viele verschuldet sein werden, aber die bei ihm entstehende Enklave einer Verursachungshaftung dürfte infolge der Betonung der Haftung einen größeren Umfang haben, als bei den Vertretern einer objektiven Fahrlässigkeitsauffassung.

1) Wiethölter, S. 51;

2) Wiethölter, S. 50;

3) Wiethölter, S. 47;

4) Wiethölter, S. 41/42;

5) Wiethölter, S. 58

§ 9 DER FAHRLÄSSIGKEITSBEGRIFF DER RECHTSPRECHUNG UND DER HERRSCHENDEN LEHRE

1. Darstellung des Fahrlässigkeitsbegriffs

Die herrschende Lehre ¹⁾ und die Rechtsprechung sehen in der Fahrlässigkeit nur einen typisierten Schuldmaßstab. Die subjektive Auffassung der Fahrlässigkeit durch Nipperdey wird für das Haftungsrecht ausdrücklich abgelehnt. ²⁾ Die Schuldprüfung des Verhaltens eines Schädigers an einem individuellen, die besondere Persönlichkeitsartung berücksichtigenden Beurteilungsmaßstab wie im Strafrecht sei bedenklich. "Damit wäre zwar äußerlich eine Harmonisierung der rechtlichen Begriffsbildung erreicht, aber den wesensgemäßen Unterscheidungen nicht Rechnung getragen, die sich aus der spezifischen Eigenart und Zwecksetzung zweier verschiedener Rechtsgebiete ergeben." ³⁾

Bei der typisierten Fahrlässigkeit handelt es sich um einen einheitlichen Maßstab ⁴⁾ einer schematisch erfaßten Sorgfalt, deren Verletzung bereits den Schuldvorwurf begründet. Diese schematisch erfaßte Sorgfalt wird "unmittelbar vom Standard des allgemeinen und der besonderen Verkehrskreise entnommen, da der Durchschnittsmensch und der verantwortungsbewußte Vollmensch keine geeigneten Kriterien darstellen." ⁵⁾ Es werden verschiedene Merkmals- und Auftretungsgruppen ⁶⁾ unterschieden, die sich nach Beruf, Amt, Gewerbe, Alter, Stadt-Land, usw. richten. "Dabei sind grundsätzlich die Anschauungen eines gewissen engen Verkehrskreises und die typischen Eigenschaften der einem solchen bestimmten Verkehrskreis angehörenden Gruppen von Menschen nicht außer acht zu lassen." ⁷⁾

Die Gruppenbildung stellt keinen abgeschlossenen Katalog dar. So wurden Schülerpraktikanten als eine neue Gruppe erkannt, die von Lehrlingen zu unterscheiden ist. ⁸⁾ An diese

1) Blomeyer, § 24 II 3, S. 123; Brox I, § 16 I 3, S. 105; Fikentscher, § 53 IV, S. 286; Heck, § 26, Ziff. 6, S. 78; Larenz I, § 20 III, S. 211/12; Rümelin, Gründe, S. 5; ders., Verschulden, S. 50, 52; ders., Zufall, S. 24; Erman, § 276 Anm. 4, S. 536; Reimer Schmidt in Soergel - Siebert, § 276 Anm. 14; Staudinger-Kaduk § 276 Anm. 14 ff; sh. auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 31 Anm. 67 m.w.N.

2) BGHZ (GS) 24, 21 (27)

3) BGHZ (GS) 24, 21 (27)

4) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 128

5) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 129

6) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 130 ff.

7) RGZ 119, 397 (400)

8) ArbG Hagen BB 69, 1396 = RdJ 70, 218

sind geringere Anforderungen zu stellen. ¹⁾ Es kann auch auf eine einzelne Rechtspflicht abgestellt werden. Bei der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach §§ 23, 25 VVG über eine Gefahrenerhöhung hat der Versicherungsnehmer "nur für das durchschnittliche Können und Wissen eines normalen Versicherungspflichtigen einzustehen." ²⁾

Eine im Verkehr übliche Nachlässigkeit entschuldigt nicht, wie bereits die Entstehungsgeschichte des § 276 zeigt. Statt "übliche" wurde "erforderliche" Sorgfalt gewählt, um eine Berufung auf einen eingerissenen Schlendrian der Praxis auszuschließen. ³⁾ Dem ist die Rechtsprechung gefolgt. Zahnärzte und Dentisten haften daher, wenn sie es unterlassen, die Nervnadel gegen ein Verschlucken abzusichern, auch wenn dies in der Praxis üblich ist, weil damit Unbequemlichkeiten und Zeitverlust verbunden wären. ⁴⁾ Dasselbe gilt für einen Chirurgen, wenn eine ungesicherte Mullkompressen in der Bauchhöhle verloren geht. ⁵⁾ Auf eine im Werbewesen übliche Unsitte, Künstler ohne deren Einwilligung in Werbeanzeigen zu erwähnen, kann sich eine Firma nicht berufen. ⁶⁾

Besondere Situationen werden allerdings berücksichtigt. Notzeiten ⁷⁾ oder "Schrecksekunde" ⁸⁾ können die Fahrlässigkeit ausschließen. Eine falsche Reaktion aus Bestürzung

- 1) ArbG Hagen BB 69, 1396 = RdJ 70, 218
- 2) OLG Koblenz, VersR 69, 244 zu einer Gefahrenerhöhung für den Kfz-Haftpflichtversicherer bei einem Sehfehler des Versicherungsnehmers.
- 3) Prot. II 598, 604
- 4) BGHZ 8, 138 (140) = NJW 53, 257
- 5) BGH NJW 56, 1834
- 6) BGHZ 30, 7 (15) = NJW 59, 1269 (1271)
- 7) Das OLG Stuttgart verneinte in NJW 49, 909 eine Verletzung der Sorgfaltspflichten durch die Ehefrau eines zur Wehrmacht eingezogenen Gastwirts, obwohl sie die Unfallverhütungsvorschriften für den Transport eines Weinfasses in den Keller außer acht gelassen hatte und dadurch einer der Träger ausrutschte und tödlich verunglückte.
Der BGH verneinte in BGHZ 1, 99 (103) = BGH LM Nr. 1 zu § 8 II Kraft G = NJW 51, 233 ein Verschulden eines Omnibusunternehmens für einen Unfall am 13.1.1945. In voller Fahrt waren drei Personen auf die Straße geschleudert worden. "In der Verwendung eines Anhängers, dessen Tür nicht gemäß der Vorschrift des § 46 Abs. 2 Satz 2 BO Kraft angebracht war, kann (danach) bei Berücksichtigung der Verhältnisse zur Zeit des Unfalls, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, ein Verschulden der Beklagten nicht erblickt werden."
- 8) Wenn ein Matrose, der nach Öffnung einer Luke und Entdeckung eines Brandes, die Luke nicht sofort schließt, sondern stattdessen in Bestürzung und Schrecken sofort den Schiffsführer alarmiert, so liegt darin kein Verschulden an der Ausweitung des Brandes, BGH, VersR 60, 82 (83)

oder Schrecken ist besonders häufig im Straßenverkehr. Sie stellt regelmäßig kein Verschulden dar, ¹⁾ wenn die nicht voraussehbare ²⁾ besondere Gefahrenlage nicht selbst verschuldet war. ³⁾

Andererseits erfordern erhöhte Gefahren auch eine erhöhte Aufmerksamkeit. Das gilt für gefährliche Geräte, wie die Verwendung eines neuartigen Bolzensetzwerkzeugs mit dem die Bolzen in den Beton geschossen werden ⁴⁾ oder für Gefahrenkumulation, z.B. durch Verwendung eines metallenen Operationstisches bei einem elektrochirurgischen Eingriff mit hochfrequentem Wechselstrom. ⁵⁾ Besonders zu erwähnen sind hier die Gefahren für Kinder, die sich aus der Technik und dem Straßenverkehr ergeben. Hier trifft die beteiligten Erwachsenen fast immer eine erhöhte Sorgfaltspflicht. Insbesondere muß mit verkehrswidrigem und unbedachtem Verhalten gerechnet werden.

II. Beispiele für die weitgehende Objektivierung der Fahrlässigkeit in der Rechtsprechung

Durch die Berücksichtigung besonderer Situationen und durch die Herabsetzung der Sorgfaltsanforderungen auf den Gruppenstandard findet eine gewisse Annäherung der typisierten Fahrlässigkeit an die subjektive Fahrlässigkeit statt. Die Objektivierung bleibt jedoch erheblich. Dies ist an einigen Beispielen aus der Rechtsprechung darzustellen.

1a) BGH VersR 62, 250 ff (Hausarzt, Luminalspritze)

Ein Hausarzt ⁷⁾ hatte einem Patienten eine Injektion mit Luminal in die Beugeseite des linken Armes verabreicht, um den körperlichen und seelischen Erregungszustand des Patienten herabzusetzen. Dies führte zu Durchblutungsstörungen und einer Nekrose des 3. bis 5. Fingers, die schließlich amputiert werden mußten. Der Patient, ein Zahnarzt, hatte die

1) Vgl. die BGH Urteile in VersR 70, 818 (819 II 3); VersR 66, 1080 (1081/82) für Fußgänger und VersR 67, 500 (501, Ziff. 3); VersR 69, 161 (162); VersR 66, 831 (832 I. Sp.); VRS 30, 255 (258) = DAR 66, 156 = VersR 66, 344 (345 r. Sp.); VersR 66, 143; VersR 60, 907/8; VersR 60, 850 (852 II); VersR 60, 328 (329 r. Sp.); BGH LM Nr. 2 (A) zu § 286 ZPO für Kraftfahrer.

2) BGH VersR 67, 347

3) BGH VersR 70, 924 (925 I. Sp.); BGH VersR 65, 88 (mangelnde Sichtweite)

4) BGH LM Nr. 4 (Cd) zu § 276

5) BGH VersR 70, 1061

6) vgl. dazu die BGH Urteile in VersR 70, 820; VersR 69, 79 (80, Ziff. 2); VersR 68, 475; VersR 67, 1157; VersR 67, 607 (608); VersR 67, 582; VersR 65, 501; VersR 63, 89; VersR 60, 1114 (1115 I. Sp.)

7) BGH VersR 62, 250 ff

zunächst vorgeschlagene Injektion ins Gesäß abgelehnt. Nach den eigenen Erfahrungen des Hausarztes war die Spritze in der Beuge des Unterarms ungefährlich. Tatsächlich hatte sie jedoch eine ungewöhnlich hohe Komplikationsquote. Beim Zahnarzt hatte möglicherweise eine Variante der Armarterie die Komplikation ausgelöst.

Nach den Ausführungen des Sachverständigen konnte die Kenntnis solcher Varianten von einem praktischen Arzt nicht verlangt werden. Dies schließt nach Auffassung des BGH die Schuld nicht aus, da "die erhöhte Komplikationsquote bei Injektionen in die Muskelgruppen der oberen Gliedmaßen in der Wissenschaft so häufig erörtert worden" waren, "daß sie jedem praktischen Arzt nicht ohne Fahrlässigkeit unbekannt sein konnte." ¹⁾ Das Berufungsgericht hatte dies mit zahlreichen Zitaten aus dem ärztlichen Schrifttum belegt. Der Hausarzt hatte beide Formen der Einspritzung für gleich ungefährlich gehalten. Darin sieht das BGH das Verschulden. Dies würde auch nicht durch die Weigerung des Zahnarztes ausgeschlossen, sich die Spritze ins Gesäß geben zu lassen. In diesem Fall hätte der Hausarzt das Risiko für den Patienten zwischen der Behandlung und dem Unterlassen derselben abwägen müssen. Dabei war zu berücksichtigen, daß keine Notlage bestand, da der Erregungszustand auf einen Ehestreit und Alkoholgenuß zurückzuführen war.

Auf den Sachverhalt trifft die Kritik von Scheffler ²⁾ zu, daß die Schuldfrage zu oft ex post beurteilt werde und eine isolierte Betrachtung der Fehlleistung statfinde. Der Arzt hat noch andere Patienten. Die Verweigerung der Behandlung des Zahnarztes käme einer Schädigung seiner Praxis gleich. Ein aktueller Verschuldenszusammenhang zwischen der Nichtbeachtung der Literatur und dem Verzicht auf die zuerst vorgeschlagene literaturgemäße Injektion fehlt zudem.

1b) BGH NJW 61, 601 (Amtsarzt, Reihenröntgenuntersuchung)

Mehr Verständnis hatte der BGH für einen Amtsarzt der bei einer Reihenröntgenuntersuchung im Jahre 1948 eine TBC im Frühstadium übersehen hatte. "Bei solchen Untersuchungen läßt sich eine bestimmte Fehlerquote - gleichgültig in welcher Höhe - niemals ausschalten." ³⁾ Mit diesem Argument und dem Hinweis auf den damaligen Stand der Wissenschaft verneint der BGH ein Verschulden des Amtsarztes. Die Ausführungen hinsichtlich der Fehlerquote

1) BGH VersR 62, 251 ff

2) Scheffler, NJW 61, 577

3) BGH NJW 61, 601

treffen auch auf die Tätigkeit eines Hausarztes zu. Zwischen diesen beiden Fehlerquoten besteht jedenfalls kein Unterschied, da auch die der Reihenuntersuchung auf die Auswertung durch den Arzt und nicht auf die Technik zurückzuführen war.¹⁾

2. Rechtsanwälte und Notare

Sehr weitgehend sind die Sorgfaltsanforderungen der Rechtsprechung an einen Rechtsanwalt oder Notar.²⁾ Da sie jedoch im Gegensatz zum Arzt, bei dem Vertragsverletzungen und unerlaubte Handlung parallel laufen, nur Vertragsverletzungen betreffen, ist auf sie nicht einzugehen.³⁾

3. BGH VersR 68, 395 (Lastzugführer, Bedienung des Bremsdruckregelventils)

Auch im folgenden Fall führt die Typisierung dazu, ein Verschulden zu bejahen, obwohl individuelle Fahrlässigkeit fehlt.

Ein Lastzugführer hatte den Motorwagen voll, den Anhänger nur zu 9 % beladen. Der Bremsdruck wird durch ein Ventil geregelt, das nur eine Einstellung zwischen Leer - Halb - Voll zuläßt. Der Lastzugführer stellte für den Anhänger Halb ein. Er hatte in der Fahrschule gelernt, daß Leer nur bei unbeladenem Anhänger einzustellen sei. Wie Zwischenwerte zu behandeln waren, stand auch in keiner Bedienungsanweisung. Infolge des falschen Bremsdrucks kam der Anhänger ins Schleudern und verletzte eine Passantin.⁴⁾

Der BGH billigt die Auffassung des Berufungsgerichts, "daß der Beklagte bei dem falschen Einstellen des Ventils die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, also fahrlässig gehandelt hat."⁵⁾ Der BGH lehnt einen individuellen Maßstab der Fahrlässigkeit ab und fährt fort: "Zutreffend hat das Berufungsgericht daher bei der Prüfung des Verschuldens auf die Fähigkeiten eines gewissenhaften und durchschnittlich erfahrenen Lastzugführer abgestellt. Von ihm erwartet es mit Recht, daß er auch ohne ausdrückliche Belehrung im Fahrunterricht oder durch eine Bedienungsanweisung erkennt, wie das Lastreglerventil bei einer Beladung mit knapp 9 % der zulässigen Nutzlast einzustellen ist."⁶⁾

1) BGH NJW 61, 601

2) "Volle Erfolgshaftung"; "denn ein Notar, der alles richtig macht, ist nicht mehr ein bloß 'gewissenhafter' Notar, sondern ein Notar aus der Retorte," Wiethölter, S. 19

3) Vgl. dazu Scheffler, NJW 61, 577 ff und Ostler, NJW 65, 1785 ff

4) BGH VersR 68, 395

5) BGH VersR 68, 395 unter II

6) BGH VersR 68, 395 unter II

Die Berufung auf einen nicht erkannten Ausbildungsmangel entschuldigt nicht. Seine Erkennbarkeit und die Korrektur der erworbenen unsachgemäßen Handlungsbereitschaft in der Fahrschule bis zum Zeitpunkt des Unfalls, also der aktuelle Verschuldenszusammenhang, werden mit der Behauptung eines Standards unterstellt.

4. OLG Koblenz, VersR 69, 244 (Sehbehinderter Versicherungsnehmer einer Kfz-Haftpflichtversicherung)

Dem Ausbildungsmangel nahe steht der bereits zitierte Fall, den das OLG Koblenz zu entscheiden hatte. Er betrifft einen Versicherungsvertrag. Im Hinblick auf den formularmäßigen Abschluß der Pflichtversicherung und der völligen Anonymität der Beziehung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsgesellschaft kann dieser Fall jedoch ohne Bedenken als Beispiel für das Gebiet der unerlaubten Handlung dienen.

Der Versicherungsnehmer war seit seiner Jugend stark sehbehindert. Zumindest hatte sich dieser Zustand seit Erteilung des Führerscheins Klasse 3 im Jahre 1956 nicht geändert. In der Erteilung des Führerscheins hatte der Versicherungsnehmer die Bestätigung gesehen, daß seine Sehfähigkeit den Anforderungen des Straßenverkehrs genüge. Es kam 1964 zu einem Unfall mit geringem Personenschaden. Die Versicherungsgesellschaft berief sich auf Gefahrerhöhung und schuldhaftes Verletzung der Anzeigepflicht nach §§ 23, 25 VVG und lehnte die Zahlung des Haftpflichtschadens ab.¹⁾ Das OLG Koblenz führt aus, der klagende Versicherungsnehmer hätte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, "daß wegen seiner Sehbehinderung eine Teilnahme am Straßenverkehr eine Erhöhung des versicherten Risikos bedeute."²⁾ Das OLG Koblenz lehnt den subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab ausdrücklich ab und verweist auf den Standard. "Ein normaler durchschnittlicher Versicherungspflichtiger, der mit einer so extrem verminderten Sehfähigkeit bei der bereits im Jahre 1964 großen Verkehrsdichte als Führer eines Kfz im Straßenverkehr teilnahm, hätte erkannt, daß er damit die versicherte Gefahr erhöhte."³⁾

Eine individuelle Fahrlässigkeit gegenüber der Versicherungsgesellschaft lag nicht vor. Führerschein, Versicherungspflicht und 8 Jahre Praxis, deren Umfang und Erfolg allerdings nicht festgestellt wurde, schließen eine individuelle Fahrlässigkeit aus.

1) OLG Koblenz, VersR 69, 244

2) OLG Koblenz, VersR 69, 245 unter II

3) OLG Koblenz, VersR 69, 245 unter II

5. BGH JZ 68, 103 (Verkehrsunfall infolge eines unbekannten Augenfehlers des Fahrers)

Zu einer Haftung für unbekannte und damit nicht kompensierbare Körpermängel führt die Entscheidung des BGH vom 9.6.1967 zur Frage der Fahrlässigkeit eines Kraftfahrers, der infolge eines ihm unbekannten Augenfehlers einen Verkehrsunfall verursachte.¹⁾ Der Kraftfahrer fuhr in der Dunkelheit bei Nieselregen auf einer beleuchteten Straße einen Radfahrer von hinten an. Er hatte den Radfahrer nicht gesehen, weil er infolge eines ihm bis dahin nicht bekannten Augenfehlers geblendet worden war. Der medizinische Sachverständige verneinte die Frage, ob der Kraftfahrer von dem Augenfehler wußte oder überhaupt wissen konnte.

Der BGH bejahte dennoch die Fahrlässigkeit und stellte nur darauf ab, ob der Kraftfahrer "die Auswirkungen dieses Mangels und damit die Grenzen seines individuellen Sehvermögens kennen mußte."²⁾ Deutsch stimmt in seiner Anmerkung der Entscheidung zu. Der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab lasse sich eben dem Verschuldensbegriff im strengen Sinne nicht unterordnen.³⁾

Seine Ausführungen und die des BGH sind jedoch widersprüchlich. Ohne die Feststellung des Sachverständigen auszüräumen, daß der Kraftfahrer seinen Augenfehler nicht erkennen konnte, fährt der BGH fort: "Vermochte der Beklagte aber eine individuelle gegenüber der Norm verringerte Sehmöglichkeit zu erkennen, dann konnte und mußte er hierauf sein Fahrverhalten, ... einrichten ..." ⁴⁾ Ebenso widersprüchlich ist es, wenn Deutsch darauf abstellt, daß ein ordentlicher Kraftfahrer den Augenfehler erkannt hätte und kurz darauf ausführt: "Der beklagte Kraftfahrer hätte sein geringes Sehvermögen bzw. seine Blendempfindlichkeit schon früher bei gleichartigen Gelegenheiten bequem erkennen können."⁵⁾ Diese Widersprüche verraten das Unbehagen gegenüber dieser Entscheidung, die unter keinem Gesichtspunkt mit dem Verschuldensprinzip vereinbar ist.

6. BGH LM Nr. 15 (C) zu § 286 ZPO (Notbehelfsoperation am 23.4.1945)

"Wird nach einer Operation eine 16 cm lange und 8 cm breite Arterienklemme in der Bauchhöhle des Patienten zurückgelassen, so spricht der erste Anschein für ein Verschulden des

1) BGH JZ 68, 103 mit Anm. von Deutsch

2) BGH JZ 68, 103 r.Sp. oben

3) BGH JZ 68, 104 I.Sp.

4) BGH JZ 68, 103 r.Sp. oben

5) BGH JZ 68, 104 I.Sp.

operierenden Arztes." ¹⁾ Diesem Leitsatz der Entscheidung des BGH vom 29.6.1953, die Hafferburg ²⁾ als ein Beispiel für seine Kritik an der zu weit gehenden Objektivierung der Fahrlässigkeit durch die Rechtsprechung anführt, lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Patient war wegen des Verdachtes eines Darmverschlusses in das Krankenhaus eingeliefert worden. Eine Operation war unaufschiebbar. Beim Schließen der Operationswunde wurde die Arterienklemme vergessen.

Daß dieser Sachverhalt einen Anscheinsbeweis zuläßt, kann nicht bestritten werden. Zum Sachverhalt gehören jedoch noch folgende bewiesene Tatsachen:

Am 18.4.1945 war das Krankenhaus durch die Amerikaner besetzt worden. Am 20.4. hörten die Kämpfe um die Stadt auf. Am 23.4. wurde der Patient eingeliefert und sofort operiert. ³⁾ In diesen Tagen hatte der Chirurg "in einem behelfsmäßigen Bunker bei Notbeleuchtung, teilweise sogar bei Kerzenlicht und Taschenlampenbeleuchtung unter ungünstigen Luftverhältnissen mit völlig unzureichender Assistenz Tag und Nacht operieren müssen. Während die normale Belegung des Krankenhauses auf 80 Patienten berechnet gewesen sei, hätten damals "217 verwundete Soldaten und eine Anzahl Zivilisten ärztlich betreut werden müssen. Mangels Bestattungsmöglichkeiten hätten zahlreiche Leichen in einem Abstellraum zwischen Krankenhaus und Bunker gelegen. Dazu habe der durch die Sorge um Heim und Angehörige psychisch belastete Beklagte noch laut Befehl des amerikanischen Befehlshabers die Verantwortung für das Wohlergehen des gesamten Krankenhauspersonals getragen." ⁴⁾

In Anbetracht dieser Umstände hatten LG und OLG ein Verschulden des Arztes verneint. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung und Zurückweisung.

Die hier naheliegende Verneinung der Fahrlässigkeit infolge unverschuldeter psychischer und physischer Erschöpfung wird vom BGH nicht anerkannt. "Hierdurch mag zwar seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigt gewesen sein. Anders als bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit kommt persönlichen Eigenschaften aber grundsätzlich keine Bedeutung zu, wenn es bei der Frage der zivilrechtlichen Haftung darum geht, ob die Sorgfalt angewendet worden ist, die nach dem objektiven Maßstab eines ordentlichen Angehörigen des betreffenden Berufskreises beachtet werden muß." ⁵⁾

1) BGH LM Nr. 15 (C) zu § 286 ZPO = VersR 53, 338

2) Hafferburg, NJW 59, 1398 (1401)

3) insoweit nur in VersR 53, 338 abgedruckt;

4) BGH LM Nr. 15 (C) zu § 286 ZPO

5) BGH, aaO, letzter Absatz

Der BGH stellt darauf ab, ob durch die besonderen Umstände eine Störung bzw. Einwirkung auf den Operationsverlauf vorgelegen habe, wie überstürzte Vornahme der Operation infolge Blutungen oder Narkosezwischenfällen¹⁾ oder Ausfallen der Notbeleuchtung gerade bei dieser Operation²⁾ (insoweit stand der Sachverhalt nicht fest). Solche Zwischenfälle wären nach Auffassung des BGH geeignet den Anscheinsbeweis zu entkräften.

Die Objektivierung der Fahrlässigkeit und ihre prozessuale Entsprechung im Anscheinsbeweis³⁾ zeigt sich in dieser Entscheidung besonders deutlich. Die objektiv erforderliche Sorgfalt bei einer Operation wird standardisiert. Auf die Verletzung des Standards beruht der Anscheinsbeweis. Seine Entkräftung ist nur möglich, in dem ein anderer Geschehensablauf (Zwischenfälle) als er der Standardisierung zugrundeliegt, dargetan wird. Die Sorgfaltsverletzung wird dann mit dem fahrlässigen Verschulden gleichgestellt. Es ist daher nur konsequent, wenn der unverschuldete Fähigkeitsabfall nicht entlastend berücksichtigt wird und den Anscheinsbeweis nicht entkräften kann, da dieser auf der objektiven Sorgfaltsverletzung beruht. Das Verschulden im subjektiven Sinne wird also überhaupt nicht, auch nicht im Sinne eines Anscheinsbeweises geprüft.

III. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis nach Hainmüller

1. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis des 1. Typs

Nach Hainmüller läge im Fall der Notbehelfsoperation ein Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis 1. Typs vor, bei dem aus einer voll bewiesenen Sorgfaltspflichtverletzung auf die Fahrlässigkeitschuld geschlossen wird.⁴⁾ Ein Gegenbeweis gegen den Anscheinsschluß ist möglich. Insbesondere könnte nach Hainmüller vorgetragen werden, daß auf Grund der außergewöhnlichen Sachlage auch ein "Tüchtiger" die Situation nicht bewältigt hätte.⁵⁾ Es ist jedoch fraglich, ob damit auch individuelle Eigenschaften, wie die physische und psychische Erschöpfung, eingeschlossen sein sollen. So könnte nach Hainmüller die richtige Reaktion entfallen "bei einer Operation wegen starker Blutungen, Kollapses des Patienten, ausfallender Beleuchtung oder Assistenz u.ä. ."⁶⁾ Damit stellt Hainmüller, wie die Entscheidung des

1) BGH, aaO, Ziff. 1

2) BGH, aaO, Ziff. 2

3) vgl. Hainmüller, S. 138, 216 ff

4) Hainmüller, S. 220

5) Hainmüller, S. 226 (7 a)

6) Hainmüller, S. 227 (dd)

BGH auf die äußeren Voraussetzungen des Standards ab und schließt individuelle Voraussetzungen nicht ein, obwohl diese ebenfalls standardisiert erfaßt werden könnten.

Kunstfehler und Verschulden werden gleichgestellt.¹⁾ Darüberhinaus kann ein Verschulden aber auch vorliegen, wenn kein Kunstfehler festgestellt werden kann, da eine einheitliche Auffassung nicht vorliegt, der Arzt aber nicht die größere Vorsicht walten ließ.²⁾ Es ist daher nur eine terminologische Frage, ob man sagt, daß die Sorgfaltsverletzung der Fahrlässigkeitsschuld gleichgestellt wird, oder es würde von ihr auf die Fahrlässigkeitsschuld geschlossen, wie dies Hainmüller fordert.³⁾

Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis ist die prozessuale Entsprechung der typisierten Fahrlässigkeit des materiellen Rechts. Die Typisierung der Fahrlässigkeit beruht auf Erfahrungssätzen, den durchschnittlichen Anforderungen der Verkehrskreise, der Merkmals- und Auftretensgruppen und hat damit eine gemeinsame Wurzel mit dem Anscheinsbeweis, dessen Grundlage ebenfalls der Erfahrungssatz ist.⁴⁾ Daher ist ein Anscheinsbeweis der Fahrlässigkeit im Sinne der Rechtsprechung und im Sinne eines normativen, aber objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs möglich,⁵⁾ nicht aber bei einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff.⁶⁾ Nipperdey löst die Beweisschwierigkeiten bei seinem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff daher auch nicht mit Hilfe eines Anscheinsbeweises, sondern durch eine Umkehrung der Beweislast.⁷⁾

2. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis des 2. Typs

Hainmüller unterscheidet in seiner Untersuchung über den Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen Schadensersatzprozess neben dem bereits erwähnten ersten Typus noch zwei weitere Typen des Fahrlässigkeitsanscheinsbeweises.

Beim zweiten Typus wird zunächst durch einen Anscheinsbeweis aufgrund eines voll bewiesenen Schädigungsmerkmals auf ein bestimmtes Verhalten als haftungsbegründend kausal geschlossen.⁸⁾

1) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, Vorbem. 188 vor § 611 m.w.N.

2) BGHZ 8, 138 (140) = NJW 53, 257 = LM Nr. 3 (Ca) zu § 276 BGB mit zustimmender der Anmerkung von Delbrück.

3) Hainmüller, S. 220

4) Der Erfahrungssatz ist das "Rückgrat" des Anscheinsbeweises, Hainmüller, S. 13

5) Hainmüller, S. 138; vgl. den Anscheinsbeweis für die typisierte Fahrlässigkeit eines 7-jährigen Jungens, nachdem dessen Schuldfähigkeit festgestellt wurde, in BGH VersR 70, 467 (468 unter 2., 469) = NJW 70, 1038 = JZ 70, 617

6) Hainmüller, S. 92 Anm.37

7) vgl. oben § 8, S. 48 f

8) Hainmüller, S. 201

Als Modellfall bringt Hainmüller einen abgestürzten Aufzug, dessen gebrochene Seile ungewöhnlich stark abgenutzt waren. Die Abnutzung ist das Schädigungsmerkmal von dem auf die Unterlassung der erforderlichen Renovierungsarbeiten und die Kausalität der Unterlassung für den Absturz geschlossen wird. ¹⁾ Wird durch diesen Anscheinsbeweis ein bestimmtes Verhalten als kausal erschlossen, welches die Verletzung einer präzisen und elementaren Pflicht bedeutet, "dann ist grundsätzlich festzustellen, daß diese Pflichtwidrigkeit und damit der Erfolg wegen Außerachtlassens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, mithin fahrlässig verschuldet ist." ²⁾

Im Modellfall wurde die Verkehrssicherungspflicht verletzt, daher ist ein Anscheinsbeweis des zweiten Typus möglich und die Fahrlässigkeitsschuld festgestellt. ³⁾ Ein solcher Anscheinsbeweis zweiten Typus liegt auch der Entscheidung des OLG Stuttgart VersR 70, 427 (428) zugrunde, bei der ein Überholvorgang bei annähernd gleicher Geschwindigkeit und die dadurch bedingte Ablenkung des Überholten als "Schädigungsmerkmal" angesehen und daraus der Schluß auf das Verschulden des Überholenden gezogen wurde.

Das Anwendungsgebiet dieses zweiten Typus ist dasselbe wie das des ersten Typus. Es sind die Verletzung von Rechtsvorschriften, Kunstregeln und Verkehrspflichten. ⁴⁾

3. Der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis des 3. Typs

Der dritte Typ des Fahrlässigkeitsanscheinsbeweises stellt eine "unlösliche Kombination eines Fahrlässigkeitsanscheinsbeweises mit einem entsprechenden Kausalitäts-Anscheinsbeweises" dar. ⁵⁾ Er zeichnet sich dadurch aus, daß sein Erfahrungsgrundsatz, "von einem bestimmten 'Schädigungsbild' aus" einen Schluß "auf irgendeine ursächliche und fahrlässige Pflichtwidrigkeit" zuläßt. ⁶⁾

Hainmüller bringt folgenden Modellfall ⁷⁾: Eine Zimmerdecke in einem Neubau bricht wenige Wochen nach ihrer Fertigstellung unter dem Installateur zusammen. Es waren weder besondere Anforderungen an den Maurer gestellt worden, noch hatte der Installateur die Decke besonders belastet. Bei diesem Schädigungsbild - so Hainmüller - "wird davon aus-

1) Hainmüller, S. 201/202

2) Hainmüller, S. 229

3) Hainmüller, S. 228 (2.)

4) Hainmüller, S. 223/24, 229/30

5) 6) Hainmüller, S. 230

7) Hainmüller, S. 230/31 = BGH LM Nr. 31 zu § 286 (C) ZPO

zugehen sein, der errichtende Handwerker habe irgendeine sowohl kausale als auch fahrlässige Pflichtwidrigkeit (Kunstfehler) begangen".¹⁾ "Das gewagte an diesem Typ" liegt darin, "daß eine eminent ungenaue Feststellung - ohne konkretes Thema - getroffen wird, die auch die Fragen nach Ursache und Verschulden nicht getrennt beantworten kann." ²⁾ Daher müssen die negativen Voraussetzungen des Schädigungsbildes, also das Fehlen bestimmter Umstände, die einen anderen Schluß zulassen könnten, voll nachgewiesen werden.³⁾ Hainmüller kritisiert, daß die Rechtsprechung hier "oft zu großzügig beim Aufsuchen und Klären der Negativen, die erst den Erfahrungsgrundsatz auf die verlangte Stärke bringen", ist.

Das Anwendungsgebiet dieses Typs ist sehr groß,⁴⁾ am wichtigsten ist heute seine Anwendung im Straßenverkehr, so z.B. beim Abkommen von der Fahrbahn,⁵⁾ Schleudern,⁶⁾ Auffahren⁷⁾ und ähnliches.^{8) 9)}

4. Stellungnahme

Gemeinsam ist allen drei Typen eines Fahrlässigkeitsanscheinsbeweises, daß die subjektive Seite der Fahrlässigkeit ungeklärt bleiben kann, so "insbesondere die Situation z. Zt. des relevanten Verhaltens, die Fähigkeiten eines 'Tüchtigen' der Vergleichsgruppe und die hypothetische Frage, ob dieser mit ihnen die Situation gemeistert hätte." ¹⁰⁾ Diese Konsequenz des Anscheinsbeweises wird durch die Verquickung des Unrechts- und des Schuldvorwurfs¹¹⁾ als Folge des Einheitsmaßstabes der h.L. und der Rechtsprechung verstärkt.

- 1) Hainmüller, S. 231
- 2) Hainmüller, S. 232 (c)
- 3) Hainmüller, S. 232/33 (c)
- 4) Hainmüller, S. 233 (d); vgl. z.B. BGH VersR 70, 831 (832,5), Explosion einer Propangasflasche.
- 5) Brandschaden bei mehrgliedrigem Geschehensablauf und verschiedenen Ablaufsgestaltungen, BGH VersR 70, 61
- 6) BGH VersR 70, 467 (468, 2., 469) für einen 7-jährigen Radfahrer; OLG Hamburg VersR 70, 188 für einen Pkw-Fahrer.
- 7) BGH VersR 70, 284 (285 I) auf regennasser Straße; BGH VersR 69, 895 bei Glatteis;
- 8) OLG Köln VersR 70, 91 (92) auf der Autobahn; BGH VersR 69, 859, bei Gelb vor zweitem Lichtsignal; OLG Düsseldorf VersR 69, 334, kein Anscheinsbeweis bei dem Auffahrunfall einer Straßenbahn, da sie schienenengebunden sei und daher keine Ausweichmöglichkeit habe.
- 9) OLG Nürnberg VersR 70, 553, Beurteilung der Verkehrssituation beim Überholen.
- 10) Hainmüller, S. 234 m.w.N.
- 11) Hainmüller, S. 223 (b) zum ersten Typ, S. 229 (b) und S. 233 (4 b) entsprechende, sinn- gemäßige Ausführungen zum zweiten und dritten Typ.
- 12) Esser I, § 38 II, S. 245

Der Schluß von der Sorgfaltspflichtverletzung zur fahrlässigen Schuld wird in seiner Eigenschaft nicht genügend erkannt, wie im Fall des Chirurgen, so daß die Entkräftung nur mit Tatsachen versucht wird, die die Sorgfaltspflicht betreffen. Dem entspricht auch die Kritik Essers, daß bei der Prüfung einer Überspannung der Sorgfaltspflicht die subjektiven Merkmale mit geprüft werden.¹⁾ Dadurch wird die Objektivierung jedoch gesteigert, da die Pflicht wegen ihrer Funktion das gebotene Verhalten zu kennzeichnen, höhere Anforderungen stellen muß als die standardisierte Fahrlässigkeitsschuld. Der typisierte Fahrlässigkeitsbegriff ermöglicht den Anscheinsbeweis und der Anscheinsbeweis hilft die Fahrlässigkeit zu typisieren. Es liegt eine Wechselbezüglichkeit vor, die ein Messen des Anteils an der Objektivierung ausschließt.

Im Sinne einer begrifflichen Klarheit und der Unterscheidung zweier verschiedener Funktionen des Fahrlässigkeitsbegriffs, nämlich Verhaltensanforderungen aufzustellen und den Vorwurf des Unrechts zu begründen, wäre ein Abgehen vom Einheitsmaßstab zu wünschen. Dadurch wäre es möglich, die Typisierung beider Elemente der Fahrlässigkeit verschieden zu gestalten und klarer zu unterscheiden.

IV Vergleich des Fahrlässigkeitsbegriffs der Rechtsprechung mit dem Doppelmaßstab der Vergleichsbegriffe

1a) Gewährleistungselement des Fahrlässigkeitsbegriffs der Rechtsprechung und herrschenden Lehre

Wie durch die angeführten Entscheidungen und die Besprechung des Fahrlässigkeitsanscheinsbeweises beispielhaft aufgezeigt wurde, führt der typisierte Fahrlässigkeitsmaßstab von Rechtsprechung und h.L. und dessen prozessuale Entsprechung im Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis zu einer Enklave der Verursachungshaftung für alle Personen, die den standardisierten Anforderungen nicht entsprechen. Dies wurde bereits von den älteren Subjektivist²⁾ und neuerdings von Nipperdey³⁾ kritisiert und wird von der herrschenden Lehre eingestanden. Esser spricht vom Gewährleistungselement" der Fahrlässigkeit.⁴⁾ Für Larenz besteht eine Risikohaftung ... für den Mangel der eigenen Leistungsfähigkeit."⁵⁾ "Der objektive

1) Esser I, § 38 II, S. 246

2) Planck-Siber, § 276 Anm. 2 b β, bb S. 221

3) Enn.-Nipperdey, § 213 III 2, S. 1322

4) Esser I, § 38 IV, S. 248; vgl. auch Esser, Grundfragen, S. 30 f

5) Larenz I, § 20 III, S. 212

Fahrlässigkeitsbegriff hat", so Reimer Schmidt, "in Wahrheit eine Art Gefährdungshaltung zur Folge." ^{1) 2)}

b) Abweichende, subjektive Auffassung des Fahrlässigkeitsbegriffs der Rechtsprechung und herrschenden Lehre durch Kaduk und Erman

Anderer Ansicht ist Kaduk, ³⁾ nach dessen Auffassung immer ein Übernahmeverschulden vorliegt. Dies könnte eventuell noch für den Fall des Hausarztes ⁴⁾ und des LKW-Führers ⁵⁾ im Sinne einer sittlichen Schuld ⁶⁾ behauptet werden, da eine entsprechende frühere theoretische, also nicht auf den konkreten Fall bezogene Erkenntnis der Gefahr ein gefahrbewußtes Verhalten ermöglicht hätte. Für die beiden letzten Fälle des Chirurgen ⁷⁾ und des Fahrers mit dem unbekannten Augenfehler, ⁸⁾ ist ein Übernahmeverschulden jedoch in keiner Weise denkbar. Ohne Erkennbarkeit des Fehlers kann kein Übernahmeverschulden vorliegen. Der Chirurg hätte andererseits gerade bei Ablehnung der Operation (ex ante betrachtet, da die Operation, wie sich herausstellte, unnötig gewesen war) vorsätzlich schuldhaft gehandelt.

Ferner kann, soweit die Schuldfrage, also insbesondere die Möglichkeit eines anderen Verhaltens, infolge eines Anscheinsbeweises ungeklärt bleibt, sowohl tatsächlich aktuelle, als auch sittliche Schuld vorliegen oder überhaupt keine Schuld, da ein anderes Verhalten individuell unmöglich war.

2. Die Anforderungen bei überdurchschnittlichen Fähigkeiten

Die Gruppenbildung führt andererseits in aller Regel zu einer Herabsetzung der Sorgfaltsanforderungen, verglichen mit dem Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt. ⁹⁾ Die führt zur Frage, wie das Vorliegen besonderer über dem Standard liegender Fähigkeiten zu beurteilen ist. Da die h.L. grundsätzlich vom Erfolgsunwert ausgeht, liegt in diesen Fällen immer bereits eine rechtswidrige Handlung vor. Es bereitet ihr daher theoretisch keine Schwierigkeiten.

1) Reimer Schmidt in Soergel-Siebert, § 276 Anm. 16

2) Bereits die Protokolle zum BGB sprechen von einer "gewissen Garantiepflicht" in § 276, Prot. 2, 587

3) Staudinger-Kaduk, § 276 Anm. 15; vgl. auch Erman, § 276 Anm. 4, S. 537

4) oben, S. 57 f

5) oben, S. 59 f

6) oben, § 2, S. 8 c und 12 c

7) oben, S. 61 f

8) oben, S. 61

9) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 129

rigkeiten für diese Fälle den Schuldmaßstab den besonderen individuellen Fähigkeiten anzupassen, und damit Schuld und Haftung zu bejahen. ¹⁾

Gelegentlich wurde auch von Vertretern einer objektiven Fahrlässigkeitstheorie eine andere Ansicht geäußert. So hat Henle ²⁾ für das BGB und Dernburg ³⁾ für das gemeine Recht die Auffassung vertreten, daß von ungewöhnlich Begabten nicht mehr als vom Durchschnitt verlangt werden könnte. Der Ansicht Brodmans, daß Dernburg auch für das BGB an dieser Auffassung festgehalten habe, kann nicht zugestimmt werden. ⁴⁾ Diese Auffassung ist jedenfalls, wie die Nipperdey's ⁵⁾ abzulehnen, da es nicht angeht, zwar jemand für eine Tat zu bestrafen, aber ihn für dieselbe Tat haftungsfrei zu stellen. ⁶⁾

3. Ergebnis

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß der objektive Fahrlässigkeitsbegriff der Rechtsprechung und Lehre durch seine Standardisierung und dessen prozessuale Entscheidung im Anscheinsbeweis zu einer Enklave der Verursachungshaftung führt.

1) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 128, 143; Erman, § 276 Anm. 4, S. 536/37; Esser I, § 38 V, S. 250; Larenz I, § 20 III, S. 211; Wahl, Arbeitsbericht, S. 25; Weitnauer VersR 61, 1063 Anm. 35; Larenz II, § 72 I c, S. 464

2) Henle, S. 225 ff

3) Nach Brodmann, AcP 99, 356/57

4) vgl. Brodmann, AcP 99, 357 und Dernburg, Schuldverhältnisse, S. 147/48

5) oben, § 8 I 2 b, bb, S. 49

6) Wahl, Arbeitsbericht, S. 25

§ 10 DAS HAFTUNGSSYSTEM DES BGB

Die Bedeutung, die dem Verschulden für die Bejahung der Haftung eingeräumt wird, ist auch vom Haftungssystem selbst abhängig. Die Ablehnung des Gedankens der Proportionalität von Schuld und Haftung durch das Alles- oder Nichts-Prinzip wurde bereits oben erwähnt.¹⁾ Es ist nun zu prüfen, inwieweit das Haftungssystem eine Grundentscheidung hinsichtlich der Bedeutung des Verschuldens enthält. Bei der Betrachtung des Haftungssystems sind zwei Grundfragen zu unterscheiden und zwar, ob überhaupt (Haftungsgrund) und wie (Haftungsumfang) gehaftet wird.

I. Der Haftungsgrund

Die Haftungsgründe sind im 25. Titel des BGB geregelt. Die außerhalb des BGB in Spezialgesetzen geregelten Fälle einer Gefährdungshaftung sollen außer Betracht bleiben.

1. Die Grundtatbestände

Die Frage, ob gehaftet werden soll, hat das BGB nicht mit einer einheitlichen Deliktsnorm beantwortet, sondern mit einer Mischung von Grundtatbeständen (§ 823 Abs. 1 und Abs. 2), einer Generalklausel mit dem konkretisierungsbedürftigen Maßstab der guten Sitten (§ 826) und einigen Spezialtatbeständen. Dabei sind die Grundtatbestände in erster Linie vom Schutzgegenstand und die Generalklausel vom Verschulden her beschränkt.²⁾

Schutzgegenstand des § 823 Abs. 1 sind absolut geschützte Rechte: die Persönlichkeitsrechte (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit) und die Herrschaftsrechte (Eigentum, sonstige absolute Rechte).

Von der Rechtsprechung und Lehre wurde zunächst das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³⁾ und später auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht⁴⁾ über die §§ 824, 825 hinaus⁵⁾ als sonstiges Recht anerkannt.

1) siehe oben, § 1, S. 1 f

2) vgl. dazu die Kritik von Fikentscher, § 97 III 2 c, S. 557, es seien nur zwei Grundtatbestände notwendig. Ein abwägungsfreier, entsprechend § 826 und eine Generalklausel für die abwägungsbedürftigen Fälle (negligence-Fälle)

3) RGZ 58, 24 (29); BGHZ 3, 270 (278) Constanze I, dazu einschränkend BGHZ 45, 296 Höllenfeuer;

4) BGHZ 13, 334 (338), Schacht-Urteil, mit der Begründung aus Art. 1 und 2 GG

5) § 825 wurde dadurch überflüssig. Der Referentenentwurf sieht seine Streichung vor. § 823 soll unter Einbeziehung des Persönlichkeitsrechts neugefaßt und § 824 als Schutz für die geschäftliche Ehre ausgestaltet werden, Referentenentwurf II, S. 64

Über die Konstruktion des Unterlassungsdelikts ¹⁾ kamen die Verkehrspflichtdelikte ²⁾ als dritte Generalklausel hinzu. ³⁾ Als vierte Generalklausel ist seit BGHZ 51, 91 (Hühnerpestfall) die Produzentenhaftung ⁴⁾ zu nennen. " Im Endergebnis ist daher das Enumerativsystem des § 823 Abs. 1 von vier partiellen Generalklauseln überlagert worden. " ⁵⁾

Die Schadenersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 knüpft somit am Verletzungserfolg einer Handlung an. Demgegenüber setzt der zweite Tatbestand des § 823 Abs. 2 nur einen Verstoß gegen ein Gesetz voraus, das den Schutz eines anderen bezweckt. Hier reicht also bereits die Verletzung des Schutzgesetzes aus, um die Schadenersatzpflicht zu begründen. ⁶⁾

Abweichend verlangt Esser außer der Verletzung des Schutzgesetzes, daß jeder sorgfältig Handelnde das Gebot oder Verbot hätte erkennen können. Er zeigt dies am Beispiel des von einem LKW verdeckten Stoppschild. ⁷⁾ Damit wird die Geltung des Gesetzes von dessen Erkennbarkeit oder Kenntnis durch den Normadressaten abhängig gemacht. Dies ist abzulehnen. Die Frage der Erkennbarkeit oder Kenntnis der Norm ist ein Problem der Schuld (Verbotsirrtum). ⁸⁾

Zwischen § 823 Abs. 1 und Abs. 2 besteht insofern ein Funktionszusammenhang, als Rechtspositionen, die kein absolutes Recht darstellen, nur über Abs. 2 geschützt sind. ⁹⁾ Dies gilt insbesondere für Forderungsrechte und das Vermögen. ¹⁰⁾ Dies kann zu einer Enklave der Haftungsfreiheit trotz möglicher Verschuldenszurechnung führen, wenn der Geschädigte seinen Vermögensschaden nicht über einen der Tatbestände liquidieren kann. ¹¹⁾ Anders bei einem Rechtssystem mit einer einheitlichen Deliktsnorm als Generalklausel. Hier kann

1) Fikentscher, § 103 IV, S. 634

2) siehe unten, § 11 I, S. 80 ff

3) v. Caemmerer, JT-Festschrift, S. 71

4) siehe unten, § 11 II, S. 82 ff

5) Fikentscher, § 103 IV, S. 634

6) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215; Fikentscher, § 104 III 2, S. 648, Larenz II, § 71 I d, S. 453

7) Esser II, § 107 III 1c, S. 409; dagegen zum selben Beispiel Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215

8) Das Beispiel erscheint auch nicht geeignet die Auffassung von Esser zu verdeutlichen. An jeder Straßenkreuzung stehen irgendwelche Schilder. Ist die Sicht auf den Straßenrand versperrt, muß ein sorgfältiger Verkehrsteilnehmer erhöhte Sorgfalt an den Tag legen und im Zweifel auf seine Vorfahrt verzichten, § 1 StVO.

9) Nipperdey, Arbeitsbericht Nr. 14, 1940, S. 37

10) RZG 57, 353 (356)

11) Esser I, § 8 II, S. 56; Larenz II, § 71 I b, S. 451

keine Lücke einer Haftungsfreiheit trotz möglicher Verschuldenszurechnung entstehen.¹⁾ Trotzdem sind die Unterschiede in den praktischen Ergebnissen beider Systeme nur gering.¹⁾ Einerseits wird die Haftung in Rechten mit einer Generalklausel durch strenge Anforderungen an Adäquanz und Rechtswidrigkeitszusammenhang eingeschränkt, andererseits wird in unserem Recht durch generalklauselartige Rechte wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und das allgemeine Persönlichkeitsrecht und weiter durch Verkehrssicherungspflichten die Haftung ausgedehnt.²⁾

Gegen jeden Schaden schützt dagegen § 826, der jedoch durch das Erfordernis, daß dieser Schaden sittenwidrig und vorsätzlich zugefügt wurde, in seiner praktischen Bedeutung eingeschränkt wird.³⁾

2. Der Kreis der Anspruchsberechtigten

Eine weitere Einschränkung des ob-gehaftet-wird liegt darin, daß – abgesehen von den §§ 844, 845 – nur der unmittelbar Geschädigte, in § 823 Abs. 1 die Person oder der Eigentümer, in § 823 Abs. 2, die Person, deren rechtliches Interesse durch das Gesetz geschützt wurde, und in § 826 die Person, gegen die sich der sittenwidrige und vorsätzliche Angriff richtete, Schadenersatz verlangen kann. Dieser Schadenersatzanspruch umfaßt dann allerdings mit der Ausnahme des § 826 auch die mittelbaren Folgeschäden des Eingriffs.⁴⁾

II. Der Haftungsumfang

Die Frage nach dem Haftungsumfang, wie gehaftet wird, ist im allgemeinen Teil des Schuldrechts in den §§ 249–255 und in den §§ 842–847 für die Verletzung einer Person oder von Persönlichkeitsrechten, in den §§ 848–851 für die Entziehung oder Beschädigung einer Sache, geregelt.

In § 249 ist das Prinzip der Naturalrestitution aufgestellt. Es ist der Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis voraussichtlich bestehen würde.⁵⁾ Voraussetzung ist nur die Verwirklichung eines Haftungsgrundes der Tatbestände des § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 und Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Haftungsgrund (haftungsausfüllende Kau-

1) 2) Esser II, § 106 II, S. 393

3) vgl. zu § 826 unten, § 12 I, S. 92 ff

4) Lorenz I, § 27 IV, S. 325; Esser II, § 106 II, S. 393

5) RGZ 143, 267 (274)

salität). Bei § 826 entfällt die haftungsausfüllende Kausalität, da § 826 nur insoweit einen Schadenersatzanspruch gewährt, als sich der Vorsatz auf den Schaden erstreckt. Kausal für den Schadenseintritt ist jede *conditio sine qua non*. Dieses Alles- oder Nichts-Prinzip hat vielfach Kritik erfahren. ¹⁾

1. Seine Einschränkung durch die Adäquanz

Der erste erfolgreiche Versuch einer Einschränkung war die Forderung nach dem adäquaten Kausalzusammenhang. Danach muß "eine Handlung oder Unterlassung im allgemeinen und nicht nur unter ganz besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolgs geeignet gewesen" ²⁾ sein. ³⁾

Der BGH ist dem RG gefolgt. Für ihn handelt es sich jedoch bei der Frage nach der Adäquanz nicht mehr so sehr um die Frage nach Kausalität, als um die Ermittlung der Grenze bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung billigerweise zugemutet werden kann. ⁴⁾ Dabei ist eine objektive nachträgliche Prognose durch einen optimalen Beobachter vorzunehmen. Diese Beschränkung des Haftungsumfangs wurde als unzureichend empfunden. ⁵⁾

2. Seine Einschränkung durch den Rechtswidrigkeitszusammenhang

Eine weitere Einschränkung wurde sodann durch die Theorie des Rechtswidrigkeitszusammenhangs entwickelt. ⁶⁾ "Die Ersatzpflicht bestimmt sich nach dem Schaden, den die verletzte Norm hat verhüten wollen. Schadensfolgen, die nicht in den Schutzbereich der verletzten Pflicht fallen, bleiben außer Betracht." ⁷⁾

1) vgl. dazu Lange, Gutachten 43, DJT, S. 33 m.w.N. in Anm. 78;

2) RGZ 133, 127; 142, 383 (388); die Schreckenswirkung des Flugzeuglärms auf trächtige Silberfuchse und das dadurch verursachte Werfen und Auffressen der Jungen ist daher nicht adäquat verursacht, RGZ 158, 34 (38).

3) Eine andere Formulierung verwendet noch RGZ 81, 359 (361): "Es genügt, daß die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen allgemein erhöht oder begünstigt wird."

4) BGHZ 3, 261 (267)

5) Heinrich Lange, AcP 156, 133; v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 12. "Dem vom BGH angenommenen "optimalen" Beobachter bleibt so gut wie nichts verborgen; er ist nahezu allwissend". Larenz I, § 27 III, S. 317

6) Nipperdey, Arbeitsbericht S. 14, 41, 44 ff;

7) Diese Formulierung empfiehlt Lange als Leitsatz für die Bestimmung der Haftungsgrenze; Lange, Gutachten, 43, DJT, S. 45

a) Bei § 823 Abs. 2 BGB

Für § 823 Abs. 2 ergibt sich die Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs bereits aus dem Gesetz. Es muß festgestellt werden, ob das Schutzgesetz gerade solche Schädigungen vermeiden wollte.¹⁾ Der Schaden muß aus der Verletzung des Rechtsguts entstanden sein, zu dessen Schutz die Rechtsnorm erlassen worden ist.²⁾

b) Bei § 823 Abs. 1 BGB

Aber auch für § 823 Abs. 1 ist der Schutzzweck begrenzt. So hat der BGH mit dieser Begründung den Ersatz von Verteidigungskosten aus § 823 Abs. 1 als Folge der Verletzung von Gesundheit und Eigentum durch einen Verkehrsunfall abgelehnt.^{3) 4)} In einem weiteren Fall wurde als Folge eines Verkehrsunfalls eine Hirnarteriosklerose früher als es sonst der Fall gewesen wäre entdeckt, so daß der verletzte Bundesbahnbeamte entsprechend früher pensioniert wurde. Der Schadensersatzanspruch des Beamten auf die Differenz zwischen vollem Gehalt und Ruhegehalt bis zur mutmaßlichen Pensionierung ohne Unfall wurde abgelehnt.⁵⁾ Dabei bezieht sich der BGH auf die bereits zitierte Entscheidung BGHZ 27, 137 (142) (Verteidigungskosten) und bestätigt seine Auffassung, daß neben der Adäquanz auch zu prüfen ist, ob der Schaden innerhalb des Schutzzwecks der Norm, hier des § 823 Abs. 1 liegt.⁶⁾

Ebenfalls für eine Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs neben der Adäquanz sind unter anderem Esser⁷⁾ und Nipperdey⁸⁾ eingetreten. Dagegen und nur für die Prüfung

1) RGZ 57, 239 (241); BGHZ 12, 213 (217); BGHZ 19, 114 (126); BGHZ 27, 137 (143)

2) BGHZ 39, 366 (368)

3) BGHZ 27, 137 (142)

4) Ohne auf diese Frage einzugehen, hatte der BGH noch in einer älteren Entscheidung (BGHZ 24, 263 (267)) den Ersatz der Kosten des Nebenklägers mit der Begründung abgelehnt, daß die prozessuale Kostenregelung abschließend sei.

5) BGH JZ 69, 702 ff = NJW 68, 2287 ff = VersR 68, 801

6) Auch hierzu gibt es einen ähnlich gelagerten älteren Fall. Anläßlich einer unfallbedingten Bauchoperation wurde eine nicht unfallbedingte Anomalie am Dünndarm entdeckt und entfernt. An diesem zusätzlichen ärztlichen Eingriff starb der Patient. Der BGH lehnte hier den Schadensersatzanspruch der Witwe gegen den Verursacher des Unfalls noch mit der Begründung ab, die adäquate Kausalität sei nicht gegeben; BGHZ 25, 86 (90).

7) Esser I, § 45 I, S. 310

8) Enn.-Nipperdey, § 208 II 3, S. 1275

des Rechtswidrigkeitszusammenhangs schon v. Caemmerer,¹⁾ Hermann Lange²⁾ und neuerdings Huber.³⁾

c) Die Auffassung von Larenz

Abweichend will Larenz eine weitere Einschränkung vornehmen und jene Folgen nicht zu-rechnen, "die auf einen selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht heraufgeforderten Entschluß des Verletzten selbst oder eines Dritten" beruhen.⁴⁾ Die von ihm angeführten Fälle und Entscheidungen⁵⁾ können jedoch alle mit der Theorie des Rechts-widrigkeitszusammenhangs gelöst werden.⁶⁾

3. §§ 254, 847, 851 BGB

Zu einer Einschränkung der Haftung für die Folgeschäden führt auch § 254 (und § 843 der auf § 254 verweist), der die Mitverursachung und das Mitverschulden des Geschädigten an-rechnet. Wegen der weit über die Frage des Verschuldensprinzips hinausreichenden Proble-matik und Bedeutung des § 254 muß auf eine Erörterung dieser Vorschrift im Rahmen der Ar-bei verzichtet werden.⁷⁾

Eine Ausweitung der Haftung für Folgeschäden auch immaterieller Art entgegen § 253 sta-tuiert im Bereich der unerlaubten Handlungen § 847 (Schmerzensgeld). Bei § 847 mit seiner "Genugtuungsfunktion" ist das Verschulden von Einfluß auf den Umfang des Anspruchs. Da-zu siehe unten die Besprechung des § 847.⁸⁾

Den Schutz des guten Glaubens bei der Ersatzleistung wegen der Entziehung oder Beschädi-gung einer beweglichen Sache bezweckt § 851. Der Schutz wird bei Kenntnis oder grober Fahrlässigkeit versagt. Systematisch gehört die Vorschrift zum Problemkreis des Verkehrs-schutzes, so daß auf diese im weiteren nicht mehr eingegangen wird.

1) v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 18

2) Lange, Gutachten 43, DJT, S. 59

3) Huber JZ 69, 677 (683) m.w.N. in Anm. 14

4) Larenz I, § 27 III 3, S. 322 ff

5) BGHZ 24, 263; 25, 86; BGH NJW 68, 2287

6) So hat der BGH für ähnliche Fälle die Entscheidung jeweils mit der Theorie des Rechts-widrigkeitszusammenhangs begründet, BGHZ 27, 137 (142) zu BGHZ 24, 263 und BGH NJW 68, 2287, zu BGHZ 25, 86

7) vgl. zu § 254, Fikentscher, § 55 VI, S. 305 n.w.N.

8) vgl. unten § 14 II, S. 126 f

4. Die Haftung für Folgeschäden ohne Verschulden

Damit sind die Folgeschäden durch Adäquanz, Rechtswidrigkeitszusammenhang und § 254 vom Schädiger her gesehen nur objektiv begrenzt. Ein Verschulden auch im Sinne des Zivilrechts ist nicht erforderlich.¹⁾ Das Verschulden spielt nur eine Rolle für die Ausweitung des Haftungsumfangs durch § 847 auf immateriellen Schaden.

a) Die Auffassung von Fikentscher und Stoll

Diese herrschende Lehre hat neuerdings für den Tatbestand des § 823 Abs. 2 bei Fikentscher²⁾ und Stoll³⁾ Widerspruch gefunden. Sie fordern zusätzlich zum schuldhaften Verstoß gegen das Schutzgesetz, "daß der Täter voraussehen konnte und mußte, er werde die vom Normgeber gesehene Gefahr im gegebenen Fall heraufbeschwören."⁴⁾

Fikentscher begründet seine Auffassung mit einem Argument aus § 823 Abs. 2, S. 2: "Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein." Er leitet aus diesem Satz das Erfordernis eines eigenen deliktischen Verschuldens ab, welches das Verschulden bezüglich des Verletzungseingriffs miteinschließe. Damit wird jedoch § 823 Abs. 2, S. 2 verkannt. Diese Vorschrift hatte⁵⁾ nur den Sinn, das Verschuldensprinzip auch für jene Fälle zu sichern, in denen über das Schutzgesetz eine Haftung ohne Verschulden in das Deliktsrecht "transponiert"⁶⁾ worden wäre.

Für Stoll nötigt die herrschende Lehre zu der "unannehmbaren Konsequenz, daß das Haftungsrisiko bei Übertretung eines Schutzgesetzes um so größer ist, je allgemeiner und abstrakter

1) RGZ 66, 251 (253); 69, 340 (344); 142, 122; BGH NJW 51, 597; "Hat jemand einen rechtswidrigen Erfolg schuldhaft verursacht so haftet er im allgemeinen für allen daraus entstehenden Schaden, so ... bei der unerlaubten Handlung durch Verletzung eines geschützten Rechtsgutes (§ 823 Abs. 1 BGB), ohne daß der Täter der weiteren schädlichen Folgen seines rechtswidrigen Verhaltens sich bewußt zu werden brauchte und ohne, daß sein Vorsatz oder seine Fahrlässigkeit diese weiteren Folgen umfassen mußte", BGH NJW 51, 597; v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 8; Esser I, § 40 II, S. 267; Larenz I, § 27 II a, S. 313; Enn.-Lehmann, § 15 III 7, S. 73; Enn.-Nipperdey, § 210 II 2, S. 1304; Heinrich Lange, AcP 156, 117/118; Hermann Lange, Gutachten 43, DJT, S. 23 ff; Soergel-Siebert, §§ 249-253 Bem. 16; BGH-RGRK vor §§ 249-255 Bem. 18; grundsätzlich auch Deutsch, NJW 66, 705 ff, S. 705, 707 r. Sp.

2) Fikentscher, § 104 III, S. 648

3) Stoll, S. 21 ff

4) Stoll, S. 23 ff

5) vgl. oben § 6, S. 35

6) Deutsch, JZ 63, 385

das Gefährdungsverbot formuliert ist." ¹⁾ Darin liege die Gefahr einer Manipulierung des Haftungsrisikos durch Sicherheitsvorschriften. Zwar lägen diese Vorschriften "gewisse Erfahrungen über die Gefährlichkeit menschlichen Verhaltens zugrunde," das sei jedoch kein stichhaltiger Grund, "dem Täter generell die Entlastung abzuschneiden, er habe entgegen jener Erfahrung nach den besonderen Umständen darauf vertrauen dürfen, der vom Normgeber befürchtete Erfolg werde nicht eintreten." ²⁾ Daher soll ein Normverstoß nur einen ersten Anschein dafür schaffen, daß die Voraussicht der Verwirklichung der vom Normgeber gesehenen Gefahr möglich war.

Die Forderung von Fikentscher und Stoll wird am Ergebnis der Rechtsprechung wenig ändern. ³⁾ Zunächst betreffen die wichtigen Schutzgesetze Bereiche, in denen man ohne besondere Vorbildung nicht tätig ist, z.B. Arzneimittelverordnung, Bauvorschriften, Lebensmittelgesetze, Maschinenschutzgesetz, Straßenverkehrsordnung usw. In diesen Fällen neigt die Rechtsprechung mit Recht zu sehr hohen Anforderungen. In den übrigen Fällen wird es der Schädiger sehr schwer haben, den Anscheinsbeweis zu widerlegen, da er praktisch die vom Gesetz angesprochene Gefahr durch irgendwelche Maßnahmen ausschließen müßte. Ein anderer Fall, in dem trotz des typisierten Fahrlässigkeitsbegriff im Schadensfall, ein Verschulden von der Rechtsprechung verneint würde, erscheint nicht denkbar. Es ist daher de lege lata wenig sinnvoll, die Praxis zu § 823 Abs. 2 zu ändern.

b) Die Auffassung von Deutsch

Eine abweichende Auffassung vertritt Deutsch für den Fall des Haftungsprivilegs der konkreten Fahrlässigkeit. Falls nur für diese gehaftet wird, soll sich dieses Haftungsprivileg auch auf den Schadensumfang erstrecken, da die eigenübliche Sorgfalt – das üblicherweise eingegangene Risiko – auch vom möglichen Umfang des Schadens beeinflusst werde. ⁴⁾ Die Auffassung von Deutsch wäre ein denkbarer Weg, wie das Alles- oder Nichts-Prinzip in extremen Fällen abgemildert werden könnte. Sie ist jedoch vom geltenden Recht her abzulehnen. Auch die von Deutsch angeführte Entscheidung des RG ⁵⁾ ist kein geeigneter Ansatzpunkt für die vertretene Auffassung:

1) Stoll, S. 22

2) Stoll, S. 23

3) so auch Fikentscher selbst, § 104 III 3, S. 648

4) Deutsch, NJW 66, 708 ff

5) RGZ 148, 154 ff

Eine Zeitung hatte eine Meldung über Zahlungsschwierigkeiten eines Architekten gebracht. Die Meldung war falsch. Kurz danach mußte sich der Architekt wegen einer entzündeten Gallenblase operieren lassen. Als Folge der Operation verstarb er. Die Witwe begehrte unter anderem Schadenersatz aus § 844, da die Gallenentzündung auf die Falschmeldung zurückzuführen sei. Das RG bezieht nun die Voraussehbarkeit des Schadens nicht auf den Verletzungstatbestand, § 824 Kreditschädigung, sondern auf die Gallenentzündung, was dann ein Fall des § 823 Abs. 1 und die Gallenentzündung ein Erstscha- den und kein Folgeschaden wäre. So wird dann auch die Entscheidung zuletzt auf § 823 in Verbindung mit §§ 831, 830 Abs. 1, S. 2 gegründet.¹⁾ Auch unterscheidet die angeführte Entscheidung nicht zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität.²⁾

5. Der Reformvorschlag des 43. DJT und des Referentenentwurf

De lege ferenda hat sich der 43. Deutsche Juristentag für eine Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens beim Haftungsumfang ausgesprochen.³⁾ Dem Vorschlag ist der Referentenentwurf gefolgt.⁴⁾ Er enthält einen in das BGB einzufügenden § 255 a, der eine Einschränkung der Ersatzpflicht bei außergewöhnlich hohen Schäden zuläßt, sofern diese für den Schädiger auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde und der Schädiger den Schaden nicht durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hatte. Es reicht nicht aus, daß "Die Ersatzpflicht den Schadensschuldner erheblich belasten oder selbst in seiner Existenz schwer treffen würde, sie muß vielmehr für ihn, wenn vielleicht auch nicht gerade untragbar, so doch schwer unbillig sein."⁵⁾ Ferner muß die Einschränkung der Ersatzpflicht dem Gläubiger zumutbar sein. Der Referentenentwurf bringt vor allem als Beispiel den Legalzessionar, dem ein Verzicht auf eine Regressmöglichkeit zumutbar sein kann. Die so eingeschränkte Reduktionsklausel mit der im Fall der sozialen Katastrophe des Schädigers⁶⁾ und bei als unbillig empfundenen Regreßforderungen⁷⁾ geholfen werden kann, ist zu begrüßen.⁸⁾

1) RGZ 148, 154 (166)

2) RGZ 148, 154 (165)

3) Verh. 43. DJT, Sitzungsberichte C 120, siehe oben § 1, S. 3

4) Referentenentwurf I, S. 2 und II, S. 40 ff

5) Referentenentwurf II, S. 47

6) Begriff von Mertens, S. 106

7) Zur Frage der Regreßmöglichkeit und zum Schadensbegriff vgl. Mertens, S. 107/108 m.w.N.

8) Kritisch Mertens, S. 106/107

6. Zusammenfassung

Damit hat die Untersuchung der Struktur des Haftungssystems des BGB bereits eine erste Enklave der Verursachungshaftung ergeben, die durch systematische Entscheidung des Gesetzgebers, den Haftungsumfang in den §§ 249-255, 842-846, 849-850 unabhängig vom Verschulden zu regeln, bedingt ist. § 847 erscheint als eine Enklave der Verschuldenshaftung in der Enklave der Verursachungshaftung. Durch die Systematik der Tatbestände besteht ferner die Möglichkeit einer Enklave der Haftungsfreiheit trotz begrifflich möglicher Verschuldenszurechnung für Vermögensschäden.

§ 11 DIE VERKEHRSPFLICHTEN DES § 823 ABS. 1 BGB UND DIE HAFTUNG FÜR VERMUTETES VERSCHULDEN, §§ 831-838 BGB

Bei den Verkehrspflichten geht es weniger um eine Frage des Verschuldens als um die Frage, ob ein Verhalten den Sorgfaltsanforderungen des Verkehrs entspricht, also rechtmäßig ist oder nicht.¹⁾ Dies ergibt sich daraus, daß viele Verhaltensweisen adäquat ursächlich für einen Schaden sind, insbesondere wenn der Bereich der Unterlassungen berücksichtigt wird, ohne daß auf diese Verhaltensweisen verzichtet werden könnte.²⁾ Daher muß das allgemeine Verhaltensgebot des "neminem laedere" konkretisiert werden.³⁾ Die Konkretisierung kann nur durch die Erfassung und Abgrenzung von Verantwortungsbereichen erfolgen. Für diese Verantwortungsbereiche besteht sodann eine "Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung."⁴⁾ Die Rechtsprechung hat zwei große Verantwortungsbereiche für Verkehrspflichten herausgebildet. Die Verkehrssicherungspflichten und die betrieblichen Organisationspflichten des Warenherstellers.⁵⁾ Diese beiden Bereiche für die Verkehrspflichten sind kurz darzustellen.

1. Die Verkehrssicherungspflichten

Der Grundgedanke der Verkehrssicherungspflicht liegt darin, denjenigen verantwortlich zu machen, der eine Gefahrenquelle beherrscht oder schafft. Dieser Gedanke liegt bereits den §§ 836-838 zugrunde, die der Rechtsprechung auch als Vorbild für die Entwicklung der Verkehrssicherungspflichten dienen.⁶⁾ Es können im wesentlichen drei Gefahrenquellen unterschieden werden, die eine Pflicht zur Gefahrenabwehr begründen.

1. Die Haftung aus Verkehrseröffnung und Teilnahme am Verkehr.
2. Die Haftung für Gefahren, die aus einer Sache erwachsen.
3. Die Haftung aus einer Tätigkeit, die besondere Sachkunde oder Vorsorge erfordert.⁷⁾

In allen drei Fällen entstehen aus der Pflicht zur Gefahrenabwehr für diese Bereiche Handlungs- und, wie v. Caemmerer nachwies,⁸⁾ auch Unterlassungspflichten.

- 1) "Im Kern kommt es auf die richtige Erfassung von Verhaltensnormen an, denen Warenhersteller unterliegen." Fikentscher, § 103 IV 4, S. 641
- 2) Esser II, § 108, S. 412, Fikentscher, § 103 III, 1 a, S. 630
- 3) Esser II, § 108, S. 413, Larenz II, § 72 I d, S. 468
- 4) Esser II, § 108 II 2, S. 417
- 5) Esser II, § 108 II 3 b, S. 418; Fikentscher, § 103 IV, S. 633
- 6) Larenz II, § 72 I d, S. 466
- 7) vgl. zu dieser Einteilung Esser, § 108 II, S. 414
- 8) Festschrift JT, Bd II, S. 74 ff

Die Verletzung dieser Sorgfaltspflichten macht eine dadurch adäquat verursachte Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter zu einer rechtswidrigen Schädigung. Ist diese auch schuldhaft erfolgt, so haftet der Träger der Verkehrssicherungspflicht dem Geschädigten. Das Verschulden kann durch einen Anscheinsbeweis 1. oder 2. Typus i.S. von Hainmüller nachgewiesen werden.¹⁾ Wird die Verletzung der Sorgfaltspflicht bewiesen, so ist damit das fahrlässige Verschulden grundsätzlich festgestellt (1. Typus);²⁾ desgleichen, wenn von einem voll bewiesenen Schädigungsmerkmal auf eine Verkehrssicherungspflicht und deren schuldhafte Verletzung geschlossen wird. (2. Typus).³⁾

Insoweit führen die Verkehrssicherungspflichten zwar zu einer Haftungserweiterung,⁴⁾ aber zu keiner stärkeren Objektivierung als der Fahrlässigkeitsbegriff der h.L. Es ist daher Esser zuzustimmen, daß sich die Haftung für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht dogmatisch als Verantwortung für Verschulden (i.S. des BGB) halten läßt.⁵⁾

Bedenken bestehen gegen den Mißbrauch der Verkehrssicherungspflichten durch eine Überspannung der Sorgfaltspflichten von seiten der Rechtsprechung. Dies ist seit der grundlegenden Untersuchung von Esser über "Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung" 1941 allgemein anerkannt, so daß es genügt, hierauf zu verweisen.

Es ist nur kurz an die Methode der Überspannung zu erinnern und sie mit den Ergebnissen der Untersuchung Hainmüllers über den Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat zu verbinden. Die Rechtsprechung verwandelt, so Esser, das normative Element des § 276 in ein restitutives.⁶⁾ Statt die "im betreffenden Lebenskreis zu erwartende und den Umständen angemessene Sorgfalt" wird von ihr "die nach dem Ausgang der Dinge in diesem Falle zur Schadensabwendung erforderlich gewesene Sorgfalt" gefordert.⁷⁾ Aus der Verletzung der so festgestellten Pflicht wird das fahrlässige Verschulden durch Anscheinsbeweis festgestellt, bzw. gar die Pflichtverletzung mit dem Verschulden gleichgestellt. Dies wird durch den Anscheinsbeweis und den Einheitsmaßstab der h.L. gefördert, da sie Sorgfaltspflicht

1) siehe oben § 9 III, S. 63 ff

2) Hainmüller, S. 220

3) Hainmüller, S. 229

4) Esser, § 108 I, S. 413

5) Esser, § 108 I, S. 413

6) Esser, JZ 53, 134

7) Zitate Esser, JZ 53, 134; vgl. auch die Kritik von Scheffler, NJW 61, 577, an der Überspannung der Sorgfaltspflicht für Anwälte.

und typisierte Sorgfalt nicht klar unterscheidet. Dadurch wird eine getrennte Prüfung und Entscheidung der Frage nach den nötigen Sorgfaltsanforderungen und der möglichen Sorgfalt nach der objektiven und subjektiven Komponente der Fahrlässigkeit verhindert. ¹⁾

II. Produkthaftung wegen Verletzung betrieblicher Organisationspflichten

Zur Begründung der Produkthaftung wurden vertragliche, quasivertragliche und deliktische Konstruktionen vorgeschlagen. ²⁾ Der BGH hat sich in seiner Entscheidung vom 26.11.1968 (Hühnerpestfall) für die deliktische Lösung nach § 823 Abs. 1 entschieden. ³⁾

Das Neue an der Entscheidung und damit auch ihre praktische Bedeutung liegt in der Regelung der Beweislast. Der Kläger hat nach allgemeinen Grundsätzen den Fehler des Produkts, die Kausalität zwischen Fehler und Schaden und das Verschulden des Produzenten zu beweisen. Für den Nachweis des Fehlers, des Schadens und der Kausalität bringt die Entscheidung nichts Neues. Für den Nachweis der Kausalität kann allerdings ein Anscheinsbeweis in Betracht kommen. So hat der BGH einen Anscheinsbeweis für die Ursächlichkeit eines Konstruktionsfehlers an der Bremse eines Pkw für einen Unfall für möglich gehalten. ⁴⁾ Für den Nachweis des Verschuldens bringt die Entscheidung eines Beweislastumkehr in Analogie zu § 836. ⁵⁾ Die frühere Rechtsprechung, die dem Geschädigten nur die Möglichkeit eines Anscheinsbeweises für ein Organisationsverschulden des Herstellers gewährte, wurde vom BGH ausdrücklich aufgegeben. Die Entkräftung des Anscheinsbeweises sei dem Hersteller zu leicht möglich gewesen, ohne daß es dem Geschädigten möglich war, die vorgetragenen Tatsachen auf ihre Richtigkeit zu prüfen, da es sich idR um innerbetriebliche Vorgänge handelte. "Infolgedessen kann der Hersteller dann, wenn es um Schäden geht, die aus dem Gefahrenbereich seines Betriebes erwachsen sind, noch nicht dadurch als entlastet angesehen werden, daß er Möglichkeiten aufzeigt, nach denen der Fehler des Produkts auch ohne ein in seinem Organisationsbereich liegenden Verschulden entstanden sein kann. ⁶⁾

Diese Beweislastregel greift ein, sobald der Kläger nachgewiesen hat, "daß sein Schaden

1) vgl. oben § 9 III 4, S. 66 f

2) vgl. dazu Fikentscher, § 103 IV, S. 632 ff

3) BGHZ 51, 91 ff (102) = JZ 69, 387 mit Anm. v. Deutsch; = NJW 69, 269 = VersR 69, 155 ff

4) BGH VersR 71, 80 (81 I.Sp.)

5) BGHZ 51, 91 (106/7)

6) BGHZ 51, 91 (104/5)

im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers und zwar durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist." ¹⁾ Wenn der Kläger diesen Beweis geführt hat, dann "ist der Produzent 'näher daran' den Sachverhalt aufzuklären und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen." ²⁾

"Die moderne Entwicklung der Warenproduktion, an der oft nachträglich nur schwer zu ermittelnde Personen oder Maschinen beteiligt sind und die auf nur noch vom Fachmann zu durchschauenden und zu kontrollierenden Fertigungsprozessen beruht, verlangt eine Fortbildung des Beweisrechts in der Richtung wie sie das Gesetz in § 836 BGB vorgezeichnet hat." ³⁾

Diese Beweislastregelung gilt nicht nur für einen Fabrikationsfehler, sondern umfaßt auch Konstruktions- und Entwicklungsfehler. ⁴⁾ Sie muß auch für Instruktionsfehler gelten, die sich aus falscher oder ungenügender Bedienungsanweisung ergeben. ⁵⁾ Diese Regelung der Beweislast führt zu einer noch stärkeren Ausweitung der Enklave der Verursachungshaftung als der Anscheinsbeweis, da hier eine bloße Entkräftung nicht ausreicht, sondern ein Entlastungsbeweis zu führen ist. Der BGH sieht in der Beweislastregelung daher nicht nur eine Haftung für vermutetes Verschulden, sondern auch eine Verteilung des Risikos einer Unaufklärbarkeit. ⁶⁾

Deutsch spricht davon, daß der BGH "die Mitte zwischen echter (bewiesener) Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung" getroffen habe. ⁷⁾

Darüber hinaus wird auch eine Haftung für Warenfehler ohne Verschuldensbeweis gefordert. ⁸⁾ Hier liegt auch das eigentliche Problem der Produkthaftung. Es ist die Frage, für welche Tatbestände die Haftung aufgestellt werden soll. ⁹⁾ Das Schuldprinzip kann zu dieser Frage keinen Beitrag leisten. ¹⁰⁾

1) BGHZ 51, 91 (105)

2) BGHZ 51, 91 (105)

3) BGHZ 51, 91 (107)

4) BGHZ VersR 71, 80 (82 1.Sp.)

5) vgl. dazu Fikentscher, § 103 IV 3 c, S. 640

6) BGHZ 51, 91 (106)

7) Deutsch, JZ 69, 391

8) Diedrichsen, NJW 69, 269; Fikentscher, § 103 IV 3 b, S. 638 ff, für "Ausreißer"; mit w.n.S. 632/33

9) Fikentscher, § 103 IV 4, S. 641

10) Soweit durch die Beweislastregelung der Produkthaftung keine Haftung für Organisationsverschulden, sondern eine Haftung für Verschulden eines Verrichtungsgehilfen erfaßt wird, vgl. nachstehende Ausführungen unter III 3 a und b zu § 831.

III. Die Haftung für Verrichtungsgehilfen, § 831 BGB

1. § 831 BGB als Verschuldenshaftung

Die Haftung des Geschäftsherrn, z.B. des Arbeitgebers für seine Verrichtungsgehilfen ist als Verschuldenshaftung konstruiert. Es wird vermutet, daß den Arbeitgeber ein Verschulden bei der Auswahl, Überwachung oder Anleitung des Verrichtungsgehilfen treffe, oder daß ein Verschulden bei der Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften vorliegt. Der Arbeitgeber kann diese Vermutung durch einen Entlastungsbeweis widerlegen, § 831 Abs. 1, S. 2. Dieser Entlastungsbeweis gelingt in den meisten Fällen, insbesondere bei Großbetrieben wegen des von der Rechtsprechung zugelassenen "dezentralisierten Entlastungsbeweises." ¹⁾

2. Die Unzulänglichkeit des § 831 BGB

Daher wurde der § 831 als unzulänglich empfunden. Es wurde versucht, Schadensfälle nach den Vorschriften über die Vertragshaftung abzuwickeln, um § 278 anwenden zu können, der keine Entlastungsmöglichkeit kennt. Dazu wurde das Institut der culpa in contrahendo, die Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung, die Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte und das Institut der Drittschadensliquidation herangezogen. ²⁾ Oder es wurde versucht, über Organisationspflichten direkt eine Haftung des Betriebsinhabers nach § 823 zu begründen. ³⁾

3. Der Vorschlag des Referentenentwurfs

Im Referentenentwurf ist die Streichung des Entlastungsbeweises vorgesehen. § 831 soll folgenden Wortlaut erhalten:

"Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zufügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet." ⁴⁾

1) Esser II, § 110 I 1c, S. 430; Fikentscher, § 107 I 2 d, e, S. 666

2) v. Caemmerer, Festschrift JT, S. 56-62; Esser II, § 110 I 1c, S. 431

3) Esser II, § 110 I 1 b, S. 429; Fikentscher, § 107 I 2 e, S. 667;

Larenz II, § 73 VI, S. 496

4) Referentenentwurf I, S. 4

4. Kritische Würdigung des Vorschlags

Vom subjektiven Verschuldensbegriff her gesehen bedeutet der Reformvorschlag eine noch weitergehende Objektivierung, eine Ausweitung des Bereichs der Verursachungshaftung, ¹⁾ als sie bisher vorlag.

Diese Ausweitung ist jedoch qualitativ verschieden von den bisher festgestellten Enklaven der Verursachungshaftung. Bisher bezog sich die Objektivierung (stillschweigend) auf eigenes Verhalten des Haftenden. Schädiger und Haftender waren dieselbe Person, auch wenn neben ihr weitere Personen als Schädiger haften können, wie dies für § 831 typisch ist. Durch den Reformvorschlag würde jedoch neben dem schuldhaft schädigenden Verrichtungsgehilfen der Arbeitgeber haften, ohne daß es auf sein Verschulden überhaupt noch ankommt. Im Hinblick auf das hier zu erörternde Thema sind dazu zwei Fragen zu stellen:

- a) Läßt sich die Haftung für fremdes Verschulden mit dem subjektiven Verschuldensbegriff vereinbaren?
- b) Falls nein, läßt sie sich mit dem objektiven Verschuldensbegriff des BGB vereinbaren?

a) Seine Unvereinbarkeit mit dem subjektiven Verschuldensbegriff

Für den subjektiven Verschuldensbegriff ist die Schuld der persönliche Vorwurf, in diesem konkreten Fall schuldhaft gehandelt zu haben, weil man in diesem Fall hätte anders handeln können. Die Schuld ist also höchstpersönlich. Eine Haftung für fremdes Verschulden ist daher mit dem subjektiven Verschuldensbegriff nicht vereinbar. ²⁾

b) Seine Unvereinbarkeit mit dem objektiven Verschuldensbegriff

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob eine solche Haftung mit dem objektiven Verschuldensbegriff des BGB vereinbar ist. Auf den ersten Blick könnte die Frage bejaht werden, da die Haftung ein schuldhaftes rechtswidriges Verhalten des Verrichtungsgehilfen voraussetzt. Mit dieser Voraussetzung ist aber die Frage nicht beantwortet, warum die Ersatzpflicht auch den Arbeitgeber treffen soll. Sie müßte mit Argumenten beantwortet werden können, die unter den objektiven standardisierten Verschuldensbegriff subsumierbar wären.

1) "Die vorgesehene Regelung läuft auf die Einführung einer reinen Veranlassungshaftung hinaus"; Esser II, § 110 I 1c, S. 431

2) vgl. dazu Leonhard in Verh. 17 DJT, Bd. 1, S. 385 ff

Dies ist jedoch nicht möglich. Der Referentenentwurf spricht daher auch korrekt davon, daß die Neufassung des § 831 "nicht eine Verschärfung der Haftung für Verrichtungsgehilfen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand 'bezwecke', sondern den Übergang zu einem anderen und gerechteren Haftungsprinzip." ¹⁾

Der Grundgedanke dieses gerechteren Haftungsprinzips liegt darin, daß die Arbeitsteilung positiv und negativ dem Betriebsinhaber zugerechnet werden muß. "Qui facit per alium, facit per se." Das Verschulden der Verrichtungsgehilfen erscheint so als Betriebsrisiko. ²⁾

c) Keine Differenzierung zwischen Groß-, Kleinbetrieb und Haushalt

In der vorgeschlagenen Neufassung wird jedoch kein Unterschied gemacht zwischen dem Verrichtungsgehilfen eines Großbetriebes und dem eines Handwerksbetriebes oder gar der Hausgehilfin eines Privathaushalts. Dies ist von Esser und Larenz kritisiert worden. Die Neufassung solle daher auf jene Fälle beschränkt bleiben, auf die der Risikogedanke zutrefte ³⁾ und in denen die Kosten der Haftung in Form der Versicherungsprämie auf die Kundschaft abgewälzt werden können. ⁴⁾

d) Vorwegnahme des Reformvorschlags durch die Versicherungspraxis

Die Kritik ist unberechtigt, da die Unterscheidung zwischen Betriebsinhaber und sonstigen Arbeitgebern praktisch keine wirtschaftliche Bedeutung hat.

In der freiwilligen Haftpflichtversicherung des Haushaltsvorstandes sind die Ehefrau, die Kinder und die Hausgehilfin gegen Haftpflichtansprüche Dritter versichert, ⁵⁾ ohne daß dies auf die Prämienhöhe von Einfluß wäre. Ein Junggeselle zahlt dieselbe Prämie wie ein Familienvater mit vielen Kindern, Hausgehilfin und Küchenpersonal. Sie betrug 1971 für 2 mal 500.000.-- DM Deckungssumme bei Personenschäden und 100.000.-- DM bei Sachschäden jährlich DM 49.50.

Für den Versicherungsumfang ist die Formulierung üblich: "Mitversichert ist die gesetzliche Haftpflicht der im Haushalt des Versicherungsnehmers beschäftigten Personen gegenüber Dritten aus dieser Tätigkeit. Das gleiche gilt für Personen, die aus Arbeitsvertrag oder ge-

1) Referentenentwurf II, S. 104

2) Esser II, § 110 I 1 c, S. 431; Larenz II, § 73 VI, S. 496

3) Esser II, § 110 I 1 c, S. 431; Zeuner in Soergel-Siebert, § 831 Anm. 2 n.w.N.

4) Larenz II, § 73 VI, S. 496

5) Dabei handelt es sich um nicht genehmigungspflichtige Risikobeschreibungen (VerBAV 69, 13 (I))

fälligkeitshalber Wohnung, Haus und Garten betreuen oder den Streudienst versehen." ¹⁾

Für Betriebe aller Art (Industrie, Handel, Gewerbe, Landwirtschaft etc.) gilt dasselbe.

Üblich ist hier die Formulierung:

"Mitversichert ist die persönliche gesetzliche Haftpflicht

1. der gesetzlichen Vertreter des Versicherungsnehmers und solcher Personen, die er zur Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Betriebes oder eines Teiles desselben an- gestellt hat, in dieser Eigenschaft;
2. sämtlicher übrigen Betriebsangehörigen für Schäden, die sie in Ausführung ihrer dienst- lichen Verrichtungen verursachen." ²⁾

Regreßansprüche nach der RVO sind ausgeschlossen. Auch in diesem Fall ist also die Neu- fassung des § 831 durch die Versicherungspraxis vorweggenommen.

IV. Die Verletzung der Aufsichtspflicht, § 832 BGB

1. Vergleich mit § 831 BGB

Ebenfalls als Haftung für vermutetes Verschulden bei rechtswidrig, tatbestandsmäßigem Ver- halten des zu beaufsichtigenden mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises, ist die Haf- tung des Aufsichtspflichtigen über Kinder und sonstige aufsichtsbedürftige Personen ausge- stellt. Es handelt sich, wie bei § 831 geltender Fassung, um eine Haftung für eigenes, ver- mutetes Verschulden. Dennoch können die beiden Vorschriften aus zwei Gründen nicht mit- einander verglichen werden. Der Entlastungsbeweis ist bei § 832 nur möglich durch den Nachweis, die Aufsichtspflicht erfüllt zu haben, oder den Nachweis fehlender Kausalität der Aufsichtspflichtverletzung. Der Entlastungsbeweis ist daher schadensbezogen zu führen. Eine Verlagerung des Gegenstandes des Prozesses, ³⁾ wie bei § 831 beim Entlastungsbeweis fehlenden Auswahlverschuldens oder fehlenden Verschuldens bei der Beschaffung von Vorrich- tungen und Gerätschaften, ist daher nicht möglich.

Die Aufsichtspflicht des § 831 und des § 832 sind nicht vergleichbar. In § 831 wird die Auf-

1) Ziff. II 2 der bes. Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Privathaftpflichtver- sicherung

2) Ziff. IV gelegentlich V der besonderen Bedingungen für Betriebshaftpflichtversicherun- gen

3) Referentenentwurf II, S. 95

sichtspflicht durch eben diese Vorschrift geschaffen. ¹⁾ Sie besteht nur Dritten gegenüber. In § 832 wird an eine bereits bestehende familienrechtliche Aufsichtspflicht angeknüpft und eine Aufsichtspflicht im Interesse Dritter geschaffen. ²⁾

2. Der Widerspruch zwischen der familienrechtlichen und der deliktischen Aufsichtspflicht
Zwischen der Aufsichtspflicht im Interesse des Beaufsichtigten und der im Interesse Dritter, besteht im praktisch bedeutsamsten Fall der Aufsichtspflicht der Eltern über ihre Kinder ein unlösbarer Widerspruch.

Die Aufsichtspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern ist Teil eines komplizierten Lern- und Erziehungsvorgangs, dem auf seiten des Kindes ein nicht weniger komplizierter Reifungsprozeß gegenübersteht. Ziel dieses Prozesses ist der Erwerb des Haltungsgefüges und der Handlungsbereitschaften, ³⁾ welche zum Leben in der Erwachsenenwelt erforderlich sind. ⁴⁾ Dieses Ziel schließt ein generelles Verbot gefährlicher Tätigkeiten, wie z.B. Dreirad, Roller, Ketscar und Fahrrad fahren, Steine werfen, Streichhölzer anzünden, Zusehen an Baustellen, und dergleichen genauso aus wie eine dauernde Aufsicht, da ohne entsprechende Übung und Selbständigkeit die sachgemäße Steuerung dieser Gefahren niemals erworben werden kann. "In ihrer Idealgestalt muß die elterliche Gewalt daher (partiell oder total) enden, sobald das Kind zur Selbstbestimmung fähig geworden ist." ⁵⁾ Ein Verbot ist nur im konkreten, und zwar auch örtlich, zeitlich und individuell konkreten Einzelfall sinnvoll. Bei diesem Verbot ist zudem die ebenfalls nicht einfache Eltern-Kind-Beziehung mit ihren Wechsel- und Rückwirkungen zu berücksichtigen.

Im Gegensatz zu dieser Aufsichtspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern, die in einer Art 'Rahmensteuerung' des Reifungsprozesses besteht, ⁶⁾ steht die Aufsichtspflicht der Eltern im Interesse Dritter, die auf eine Erfolgsverhinderung abgestellt ist. Ihr entspräche eine Pflicht der Eltern, gefährliche Tätigkeiten generell zu verbieten und das Verbot durchzusetzen.

1) Heck, § 146, Ziff. 10 d, S. 444; Larenz II, § 73 VI, S. 494

2) Larenz II, § 73 V, S. 492; Gernhuber, § 53 II 3, S. 623; Zeuner in Soergel-Siebert, § 832 Anm. 16, der zwischen Erziehungs- und Aufsichtspflicht unterscheidet.

3) siehe oben § 23 a, S. 6

4) "Ziel der elterlichen Gewalt ist es, das Kind zur Selbstbestimmung zu befähigen." Gernhuber, § 49 VI, S. 540

5) Gernhuber, § 49 VI, S. 540

6) "Personensorge ist primär Erziehung des Kindes, ... mit abnehmender, der wachsenden Reife des Kindes Rechnung tragender Intensität." Gernhuber, § 53, S. 617

Die standardisierte Betrachtungsweise, wann, wie und wo, bei welchem Alter und mit welchen Vorichtsmaßnahmen der Aufsichtspflicht im Interesse Dritter genügt wird,¹⁾ löst diesen Widerspruch nur teilweise, da im Hinblick auf den individuellen Verlauf des Reifungsprozesses beim Kind und der darauf bezugenen Erziehungsmaßnahmen gegen eine standardisierte Betrachtungsweise erhebliche Bedenken geltend gemacht werden müssen.²⁾ § 832 und die Beweislastumkehr dieser Vorschrift enthalten daher eine Entscheidung darüber, wer im großen ganzen das "Risiko des Reifungsprozesses"³⁾ eines Kindes zu tragen hat. Es sind das Kind und seine Eltern.⁴⁾

3. Rechtsprechung und Reformgedanken

§ 832 statuiert jedoch "keine Veranlassungshaftung der Eltern, keine Verantwortlichkeit des 'Kinderhalters' analog § 7 StVO."⁵⁾ Dem entspricht auch die Rechtsprechung, die - von Einzelfällen abgesehen - die Anforderungen an die Aufsichtspflicht der Eltern nicht überspannt.⁶⁾ "Das Maß der gebotenen Aufsicht bestimmt sich nach Alter, Eigenart und Charakter des Kindes, sowie danach, was den Eltern in ihren jeweiligen Verhältnissen zugemutet werden kann."⁷⁾ An den Entlastungsbeweis werden für den Straßenverkehr, wo die meisten Schadensfälle auftreten, keine übermäßigen Anforderungen gestellt.⁸⁾ Daher sind Fälle durchaus nicht selten, in denen die Rechtsprechung eine Haftung nach § 832 ablehnt.⁹⁾ Insbesondere hat die Rechtsprechung die Haftung wegen vertraglicher Übernahme im Ergebnis auf entgeltliche Verträge eingeschränkt,¹⁰⁾ obwohl auch bei unentgeltlicher Übernahme

1) Boscher, VersR 64, 888-892 mit nach Altersgruppen gegliederten Nachweisen

2) "Der jeweilige Reifegrad des Kindes ist kein Maßstab, dem jene Offenkundigkeit eignet, die der Rechtsverkehr vielfach benötigt." Cernhuber, § 49, S. 540

3) Walbel, S. 166/67, s. dazu § 4 II 4, S. 22

4) Der BGH bürdet den Eltern, so Lorenz, "das Risiko ihres erzieherischen Mißerfolges auf." Lorenz II, § 73 V, S. 493

5) Bosch, FamRZ 57, 207

6) Z.B. BGH NJW 66, 302 betreffend die Schwarzfahrt eines 19-jährigen Führerscheininhabers mit dem Pkw der Mutter. Vgl. auch die ablehnende Anmerkung von Dunz, aaO.

7) BGH NJW 68, 1673

8) Schnitzlerling, DAR 67, 156

9) AG Stuttgart VersR 71, 139 (Verkehrsunfall durch 5-jährigen); BGH FamRZ 69, 274 (Brandstiftung einer 6-jährigen); LG Berlin VersR 67, 237 (Schulweg einer 7-jährigen); Schnitzlerling, DAR 67, 153 unter IV 1. mit weiteren Nachweisen aus dem Straßenverkehr; Boscher, VersR 64, 888-892 m.w.N.

10) BGH FamRZ 68, 587 = LZ 69, 232 m. Anm. v. Deutsch = NJW 68, 1874

in der Regel ¹⁾ eine Enthftung der Eltern von der Aufsichtspflicht eintritt. ²⁾

Dieser Rechtsprechung stimmt Deutsch in seiner Anmerkung zu BGH FamRZ 68, 587 = JZ 69, 232 zu. Es gehe nicht an, "die schon gegenüber Eltern und Vormund wenig begründete Beweislastumkehr auf Personen auszudehnen, welche die Aufsicht ohne Entgelt übernehmen und ihnen die Haftung für den unaufgeklärten Vorfall zuzuweisen." ³⁾ Eike von Hippel nahm dieselbe Entscheidung zum Anlaß, de lege ferenda eine Gefährdungshaftung des Aufsichtspflichtigen mit Versicherungszwang zu fordern. ⁴⁾ Ebenfalls für eine Haftungserweiterung ist Immenga eingetreten. ⁵⁾ Da häufig die vermögens- und einkommenslose Mutter die Aufsichtspflicht hat, fordert er de lege ferenda die Übertragung des Rechtsgedankens der Schlüsselgewalt auf die Aufsichtspflicht. ⁶⁾ Im Referentenentwurf ist eine Änderung des § 832 nicht vorgesehen.

V. Die Tierhaftung, §§ 833, 834 BGB

In § 833, S. 1 hat das BGB für Tierhalter eine Gefährdungshaftung geschaffen. ⁷⁾ Sie wird in Satz 2 für Haustiere, die dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, ⁸⁾ auf eine Haftung für vermutetes Verschulden eingeschränkt.

Der Geschädigte hat zu beweisen, daß der Schaden durch ein Tier entstanden ist und die Auswirkung einer spezifischen Tiergefahr ist. ⁹⁾ Ferner, daß der Inanspruchgenommene Tierhalter ¹⁰⁾ war und der Schaden an einem der geschützten Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Sachen eingetreten ist. Wurde der Schaden nicht durch ein Haustier verursacht, so ist damit die Haftung des Tierhalters gegeben. Im anderen Fall kann sich der Tierhalter dadurch entlasten, daß er beweist, daß das Tier ein Haustier ist und, daß der Schaden trotz

- 1) vgl. OLG Köln VersR 57, 401 betreffend einen mangelhaft erzogenen, beim Lehrherrn untergebrachten Jugendlichen, der seine Freiheit zu einer Pkw Diebstahlserei ausnützte.
- 2) "Nach der rechtsirrtumsfreien Annahme des Berufungsgerichts haben nämlich die Beklagten ihrer Aufsichtspflicht zur Unfallzeit dadurch genügt, daß sie die Aufsicht Frau B. (Tante) übertrugen." BGH NJW 68, 1673 r.Sp. 3
- 3) Deutsch, JZ 69, 235
- 4) Eike von Hippel, FamRZ 68, 575
- 5) Immenga, FamRZ 69, 313 ff.
- 6) Immenga, FamRZ 69, 319
- 7) Der zweite Fall einer Gefährdungshaftung im BGB, die Haftung für Wildschaden, § 835, ist heute im §§ 29 ff. BJagdG geregelt.
- 8) Durch diese Begriffsbestimmung sind Luxustiere ausgeschlossen.
- 9) Esser II, § 110 II 1 a, S. 433
- 10) vgl. zu diesem Begriff Zeuner in Soergel-Siebert, § 833 Anm. 11

gehöriger Aufsicht oder auch bei gehöriger Aufsicht entstanden wäre. Für den Tierhüter gilt dasselbe, mit dem Unterschied, daß er bei jedem Tier den Entlastungsbeweis führen darf, § 834.

VI. Die Gebäudehaftung, §§ 836, 837, 838 BGB

Der Eigenbesitzer eines Gebäudes oder Werkes, § 836, haftet für den Personen- und Sachschaden, der als Folge des Einsturzes oder der Ablösung von Teilen des Gebäudes oder Werkes eintritt. Der Einsturz oder die Ablösung muß die Folge einer fehlerhaften Errichtung oder mangelhaften Unterhaltung gewesen sein. Der Geschädigte muß dies und die Kausalität des Einsturzes bzw. der Ablösung eines Teils für den Schaden beweisen. Dann wird vermutet, daß der Eigenbesitzer die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt nicht angewendet hat und daß diese Unterlassung für den Schaden ursächlich war. Dieser Vermutung liegt der Gedanke zugrunde, daß "wer eine Gefahrenquelle beherrscht, für Schäden aus dieser einzutreten hat." ¹⁾ Aus diesem Gedanken wurde die allgemeine Verkehrssicherungspflicht entwickelt. ²⁾

Die Schuldvermutung gilt nur für die typischen Risiken, den Einsturz und die Ablösung von Teilen und deren typische Schadensfolgen. ³⁾ Der Eigenbesitzer hat die Möglichkeit, die Verschuldensvermutung durch einen Entlastungsbeweis zu widerlegen. Der Entlastungsbeweis besteht darin, daß der Eigenbesitzer beweist, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet hatte oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre. ⁴⁾

Dem Eigenbesitzer werden durch § 837 Personen gleichgestellt, die auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder anderes Werk besitzen. Dies kann aufgrund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts der Fall sein.

Schließlich haftet auch derjenige wie der Eigenbesitzer, der von diesem oder dem Besitzer nach § 837 vertraglich die Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes übernommen hat, § 838. Seine Haftung ersetzt die Haftung der Besitzer nach den §§ 836, 837 nicht, sondern tritt zu deren Haftung hinzu. ⁵⁾

1) Esser II, § 110 II 2, S. 435

2) Esser, aaO

3) Zeuner in Soergel-Siebert, § 836 Anm. 17

4) Zeuner in Soergel-Siebert, § 836 Anm. 25

5) Zeuner in Soergel-Siebert, § 838 Anm. 1

§ 12 DIE SITTENWIDRIGE SCHÄDIGUNG, § 826 BGB

Der Tatbestand des § 826 ergänzt die durch absolute Rechte oder Schutzgesetze begrenzten Tatbestände des § 823. Die Ergänzung betrifft nur sittenwidrige, vorsätzlich schädigende Handlungen. Sie erfolgt im wesentlichen nach zwei Seiten. Erstens ist jedes Recht, d.h. es sind nicht nur absolute Rechtsgüter und Vermögensrechte durch § 826 geschützt ¹⁾ und zweitens wird der Schutz auch gegen formal rechtmäßiges Handeln gewährt, da § 826 auch die Fälle des Rechtsmißbrauchs erfaßt. ²⁾ § 826 kann auch eine Entwicklungsfunktion ³⁾ in der Systematik der unerlaubten Handlung zukommen. In diesem Fall wird die Anpassung an geänderte objektive Verhältnisse ⁴⁾ oder Rechtsanschauungen über § 826 vorgenommen. Auch eine allmähliche Ausformung neuer Tatbestände über § 826 ist möglich. ⁵⁾

I. Die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB

Es ist zunächst zu fragen, wie der Begriff der Sittenwidrigkeit zu konkretisieren ist, welche Form des Vorsatzes gefordert wird und inwieweit eine Ergänzung der Tatbestände des § 823 vorliegt. Erst danach kann die Frage nach den Enklaven bei der Schuldprüfung und beim Schaden gestellt werden.

1. Die Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit stellt ein Urteil über das Verhalten dar. Es stellt sich damit die Frage nach dem Maßstab und nach den Verhaltensweisen, auf die ein solches Urteil zutreffen könnte.

Ein Verhalten kann aus drei Gründen sittenwidrig sein. So kann das Ziel oder das angewandte Mittel und schließlich die Relation zwischen dem angewandten Mittel und dem erstrebten Zweck, wobei auch Gesinnung und Motive zu berücksichtigen sind, das Verhalten zu einem sittenwidrigen machen. ⁶⁾

Den Maßstab der Sittenwidrigkeit gibt § 826 durch die Bezugnahme auf die "guten Sitten". Damit wird ein moralischer Maßstab ins Recht übernommen; "die schädigende Handlung (muß)

1) "Jede Schadenszufügung im weitesten Sinne", RGZ 79, 55 (58)

2) Insoweit spricht Knopp in Soergel-Siebert, § 826 Anm.1 vom Auffangtatbestand.

3) Knopp in Soergel-Siebert, § 826 Anm.2

4) vgl. dazu BGHZ 51, 41 ff: Ist der photomechanische Nachdruck gemeinfreier Werke der Literatur sittenwidrig?

5) Deutsch, JZ 63, 388 ff zu den Rahmenrechten des § 823 Abs.1

6) vgl. Brox II, § 35 C II, S.272; Esser II, § 107 III 2 a, S.410; Larenz II, § 72 IV, S.485

ethischen Grundsätzen widersprechen".¹⁾ Von den ethischen Grundsätzen können jedoch nur die allgemein anerkannten als Maßstab hinzugezogen werden. So das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"²⁾ oder die Maßstäbe der "herrschenden Geschäfts- oder Sozialmoral"³⁾ unter Ausscheiden allzu weitherziger Auffassungen.

Es fallen jedoch nicht nur Verstöße gegen die ethischen Grundsätze unter § 826, sondern auch die Verletzung "gewisser Grundprinzipien unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung".⁴⁾ So kann auch ein grober Verstoß gegen die Regeln eines Berufes, der in der Öffentlichkeit eine Vertrauensstellung genießt, einen Sittenverstoß begründen.⁵⁾

2. Der Vorsatz bei § 826 BGB

Zum Vorsatz⁶⁾ gehört die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale und das Wollen des tatbestandsmäßigen Erfolgs.

a) Der Schädigungsvorsatz

Tatbestandsmäßiger Erfolg des § 826 ist die Schädigung. Diese muß gewollt sein. Es genügt jedoch jede Vorsatzform, auch bedingter Vorsatz.^{7) 8)} Der Vorsatz muß sich auf einen Schaden der eingetretenen Art bezogen haben.⁹⁾ Als Schaden kommt dabei "jede Schadens-

1) Fikentscher, § 105 II 1, S. 649

2) Motive, Bd. 2, S. 727; RG 48, 114 (124)

3) Larenz II, § 72 IV, S. 485; "Durchschnittsmaßstab rechtschaffener Menschen", Enn.-Nipperdey, § 191 I 2, S. 1165

4) Enn.-Nipperdey, § 191 I Anm. 6, S. 1164

5) siehe unten II A, S. 95 ff

6) Vgl. zum Vorsatz im einzelnen § 5, S. 24 ff

7) Es ist nur "zu fordern, daß der Täter vorsätzlich oder mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat," BGH 8, 387 (393); BGH WM 70, 879 (II 4); BGH WM 66, 1150 (LS); BGH WM 66, 1148 (1149 unter 2 a); BGH in LM, § 826 (Gb) Nr. 4; Fahrlässigkeit hinsichtlich der Schädigung reicht nicht aus, BGH in WM 59, 1032; Brox II, § 35 C II, S. 274; Enn.-Lehmann, § 236 II 2 a, S. 956; Fikentscher, § 105 III 4, S. 650; Larenz II, § 72 IV, S. 485; Knopp in Soergel-Siebert, § 826 Anm. 55

8) A.A. Esser II, § 107 III 2 a, S. 410, sh. auch S. 411 Anm. 93; Esser beruft sich auf BGH NJW 62, 1766. Die Entscheidung bestätigt die Auffassung, wonach ein grobfahrlässiges (gewissenloses) Verhalten einen Sittenverstoß darstellen kann, zu dem jedoch noch der Vorsatz "zumindest in der Form des bedingten Vorsatzes" (aaO, 1. Sp. unten) hinzukommen muß. Die Entscheidung ist daher nicht geeignet, die Auffassung von Esser zu bestätigen.

9) Fikentscher, § 105 III 4, S. 650; Larenz II, § 72 IV, S. 485

zufügung im weitesten Sinne" ¹⁾ in Betracht. Der Vorsatz muß die gesamten Schadensfolgen umfassen, ²⁾ nicht jedoch den Umfang des Schadens und den Schadensverlauf im einzelnen. ³⁾ Es ist auch nicht erforderlich, daß der sittenwidrig Handelnde weiß, wer durch seine Handlung geschädigt wird. ⁴⁾

b) Die Kenntnis des objektiven Tatbestandes der Sittenwidrigkeit

Zur Kenntnis der Tatbestandsmerkmale gehört die Kenntnis der Umstände, welche die Handlung zu einer sittenwidrigen stempeln. ⁵⁾ Fehlt diese Kenntnis, so entfällt bereits die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung. ⁶⁾ Daß der Täter seine Handlung als eine sittenwidrige beurteilt, wird nicht gefordert. Das Bewußtsein, sittenwidrig zu handeln, ist also nicht erforderlich. ⁷⁾ Daraus wird ein Argument zu Gunsten der Schuldtheorie ⁸⁾ abgeleitet. ⁹⁾

1) RGZ 79, 55 (58)

2) BGH in LM, § 826 (Gc) Nr. 1 = BGH NJW 51, 597 r. Sp. oben, mit zustimmender Anmerkung von Coing. Brox II, § 35 C II, S. 274; Knopp in Soergel-Siebert, § 826 Anm. 53; Thomas in Palandt, § 826 Anm. 3 a unter Bezugnahme auf BGH NJW 63, 150. Bei dieser Entscheidung lag jedoch nur ein Schaden vor, die Nichteinlösung der gefälschten Wechsel, so daß die Frage eigentlich nicht auftaucht. Anders die vorgenannte Entscheidung, wo auf Grund der Anzeige wegen Abhörens feindlicher Sender im Jahre 1944 der Angezeigte inhaftiert wurde. Als Folge dieser Verletzung der Freiheit trat der eingeklagte Vermögensschaden ein. Dieser hätte als Folgeschaden aufgefaßt werden können. Dagegen ausdrücklich die genannte Entscheidung in NJW 51, 598 unter Hinweis auf die andere Rechtslage in § 823 Abs. 1

3) Coing, NJW 51, 597; Larenz II, § 72 IV, S. 485; Knopp in Soergel-Siebert, § 826 Anm. 53

4) BGH WM 66, 1150 (LS); BGH WM 56, 1229 (4.); RGZ 79, 55 (60); Knopp in Soergel-Siebert, § 826 Anm. 54

5) RGZ 136, 293 (298); Esser I, § 37 III 3, S. 243 und II, § 107 III 2 a, S. 411; Fikentscher, § 105 III 4, S. 650; Larenz II, § 72 IV, S. 486; Enn.-Nipperdey, § 209 Anm. 54, S. 1290; Knopp in Soergel-Siebert, § 826 Anm. 47

6) Brox II, § 35 C II, S. 274; Esser I, § 37 III 3, S. 243;

7) "In der Verblendung eines heftigen Kampfes ... wird häufig derjenige, welcher seine Macht in rücksichtsloser Weise, wie sie dem Anstandsgefühl billig denkender Menschen widerstrebt, zur Niederringung des Gegners gebraucht, nicht einsehen daß seine Ziele oder seine Mittel anstößig sind, ..."

Mit diesem Argument lehnt das RGZ 79, 17 (23) die Notwendigkeit des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit ab. Sh. auch BGH in LM, § 826 (B) Nr. 4; LG Köln in MDR 62, 822; RGZ 123, 271 (278), 155, 234 (238); a.A. nur RGZ 91, 350 (359); Brox II, § 35 C II, S. 274; Esser I, § 37 III 3, S. 243 und II § 107 2 a, S. 411

8) Zur Schuldtheorie, sh. oben, § 6, S. 30 ff

9) Niese, JZ 56, 457 (465) unter 4 b); Enn.-Nipperdey, § 215 III 1 b, S. 1335

"Damit wird jedoch verkannt, daß zwischen Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit ein gradueller Unterschied besteht." ¹⁾ Die Behandlung der Kenntnis der Sittenwidrigkeit durch die Vertreter der Vorsatztheorie stellt nur eine Durchbrechung derselben dar, da eine hypothetische Vorsatzbewertung nach einer Normalfigur stattfindet und nicht auf die Individualität des Täters abgestellt wird. ²⁾ Im übrigen entspricht jedoch die Schuldlehre zu § 826 der Konzeption der Schuldtheorie. ³⁾

c) Der Kausalzusammenhang zwischen Sittenwidrigkeit und Schaden

Zwischen der einzelnen sittenwidrigen Handlung und dem Schaden muß der Kausalzusammenhang gegeben sein. Die Kausalität ist oft zu verneinen bei den komplexen Sachverhalten, die einer Haftung von Sachverständigen und Beratern, wegen eines leichtfertigen, grobfahrlässigen (gewissenlosen) Verhaltens, zugrundeliegen. ⁴⁾ Das wird oft an der Zeit liegen, die zwischen der Abfassung des Gutachtens und der zur Schädigung führenden Handlung aufgrund des Gutachtens verflossen ist. So war in der Entscheidung des BGH vom 21.4.70 im Zeitpunkt der Darlehensgewährung das eine von zwei Häusern im Wert von 240.000.-- DM abgerissen worden. ⁵⁾ Auch kann es zweifelhaft sein, ob der Sittenverstoß zu einem Fehler, z.B. einer unrichtigen Bilanz führt, da sich die Fehler gegenseitig aufheben können, wie in der Entscheidung des BGH vom 29.4.60, ⁶⁾ oder überhaupt nicht auswirken, wie möglicherweise das Unterlassen der Einsicht in das Hauptbuch durch den Wirtschaftsprüfer in der Entscheidung des OLG Schleswig vom 6.6.61. ⁷⁾

II. Leichtfertiges, grobfahrlässiges (gewissenloses) Verhalten als Sittenverstoß

A. Darstellung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung anerkennt, daß auch ein leichtfertiges, grobfahrlässiges (gewissenloses) ⁸⁾

1) Esser I, § 37 III 3, S. 243

2) Geilen, JZ 64, 9 r.Sp.

3) Wiethölter, JZ 63, 209 I.Sp.

4) Vgl. dazu unten II

5) BGH WM 70, 878

6) BGH VersR 60, 920

7) OLG Schleswig VersR 61, 1148

8) Zu diesen Begriffen vgl. die Ausführung des BGH in WM 62, 933 (935 I.Sp.) = VersR 62, 803 (804/5) = Betrieb 62, 1003 (1003/4)

Verhalten einen Sittenverstoß darstellen kann. ¹⁾ Gefordert wird mit diesen Formulierungen "ein besonders schwerer Grad von Schuld." ²⁾ Hinzu kommen muß der Schädigungsvorsatz, der in allen veröffentlichten Entscheidungen nur in der Form des bedingten Vorsatzes festgestellt wurde. ³⁾ Dies ist angesichts des wenig bewußten Verhaltens hinsichtlich der Sittenwidrigkeit auch kaum anders zu erwarten. Es ist hier die Frage zu stellen, was mit leichtfertig, grobfahrlässig und gewissenlos beurteilt wird und welche Bedeutung diese Form des Sittenverstoßes hat. Dazu ist zunächst die Rechtsprechung darzustellen.

1. Die Rechtsprechung bei Gutachten eines Sachverständigen

Der BGH bejaht grundsätzlich einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Sachverständiger bei der Erstellung eines Gutachtens "in grober Weise gegen die Berufsregeln verstößt," ⁴⁾ da der Schädiger in diesem Fall "mit Rücksicht auf sein Ansehen und seinen Beruf eine Vertrauensstellung einnimmt." ⁵⁾

a) Eines Architekten

Der BGH bejaht in seiner Entscheidung vom 12.7.66 einen Sittenverstoß. ⁶⁾ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Architekt hatte als öffentlich bestellter und vereidigter Schätzer vom Krankenbett aus ein Gartengrundstück auf 36.126.-- DM geschätzt. In der Schätzurkunde bestätigte er, das Grundstück selbst besichtigt zu haben, obwohl dies nur sein Bürovorsteher, ebenfalls ein Architekt, getan hatte. Ferner gab er an, ohne Einsicht in den Flächennutzungsplan der Gemeinde und nur aufgrund einer Information des Auftraggebers, daß das Grundstück vom Bebauungsplan erfaßt sei und in absehbarer Zeit bebaubar sein würde. Dies war unrichtig. Die Versteigerung erbrachte 3.280.-- DM. Das Berufungsgericht und der BGH sahen darin ein "leichtfertiges und grobfahrlässiges Verhalten." ⁷⁾ Da jedoch die Einlassung des beklagten Architekten, es sei von ihm nur ein Privatgutachten gefordert worden, nicht widerlegt wurde, verneinte das Berufungsgericht und der BGH den Schädigungsvorsatz auch in der Form des bedingten Vorsatzes. ⁸⁾

1) Zustimmend Esser II, § 107 III 2 a, S. 411 und Pohle, MDR 57, 29 in einer Anm. zum Urteil des BGH vom 13.7.56 in MDR 57, 29; vgl. zu diesem Urteil unten 2 a

2) vgl. Anm. 8, S. 95

3) vgl. die in diesem Abschnitt besprochenen Entscheidungen.

4) BGH WM 70, 878 (879 I.Sp.)

5) BGH WM 66, 1148 (1149 r.Sp.) = VersR 66, 1034 = ZMR 67, 173

6) BGH WM 66, 1148 = VersR 66, 1034 = ZMR 67, 173

7) BGH WM 66, 1148 (1149 r.Sp.) = ZMR 67, 173 (174 II 1)

8) BGH WM 66, 1148 (1149 Ziff. 2) = ZMR 67, 173 (174 II 2)

Einen ähnlichen Fall hatte das LG Braunschweig ¹⁾ zu entscheiden. Ein als Sachverständiger bestellter und vereidigter Architekt hatte ein Wohngrundstück zu Beleihungszwecken ohne eigene Kenntnis, aufgrund eines Gutachtens eines nicht vereidigten Architekten, auf einen Verkehrswert von 170.000.-- DM geschätzt. Wenige Monate später mußte die Bauaufsichtsbehörde die Räumung mehrerer Wohnungen des Gebäudes verfügen. Die Versteigerung erbrachte 20.000.-- DM.

Das LG führt aus, daß ein Schätzer verpflichtet ist, sämtliche Unterlagen zu überprüfen und das Grundstück persönlich zu besichtigen, und bejaht einen Sittenverstoß.

Zum Schädigungsvorsatz führt das LG nach der zusammenfassenden Darstellung aus, daß sich der Architekt der Möglichkeit einer unrichtigen Schätzung seines Kollegen bewußt sein mußte und sich daher bewußt sein mußte, daß möglicherweise ein Schaden für das Kreditinstitut entstehen konnte.

Die Anforderung an den bedingten Vorsatz ist damit noch schwächer als in der Formel des Inkaufnehmens. Im Grunde stellt das LG nur die Gleichgültigkeit des Architekten gegenüber einem eventuellen Schaden fest. Ob das ausreichend ist, bleibt eine Wertungsfrage, die nur, aufgrund genauer Kenntnis des Sachverhalts und des Wortlauts der Entscheidungsgründe, entschieden werden kann. ²⁾

Einen Sittenverstoß verneinte der BGH in dem Urteil vom 21.4.70. Hier hatte zwar der beklagte Architekt das eine von zwei Gutachten nur nach Bauplänen und einer kurzen Besichtigung erstellt, dies jedoch in einer für einen fachkundigen Benutzer verständlichen Weise kenntlich gemacht. ³⁾ Dieser Gesichtspunkt des fachkundigen Benutzers, mit dem auf den Funktionszusammenhang des Gutachtens in der Wirtschaft hingewiesen wird, liegt auch den vom BGH bestätigten ⁴⁾ Ausführungen des Berufungsgerichts über ein Grundstücksgutachten zugrunde. ⁵⁾ Das Berufungsgericht hielt es "in Übereinstimmung mit dem (gerichtlichen) Sachverständigen für erheblich fehlerhaft, daß das Gutachten keine eindeutigen Angaben

1) LG Braunschweig BB 66, 1325

2) vgl. dazu oben, § 53, S. 27 f

3) BGH WM 70, 878

4) BGH WM 66, 1150 (1152 Ziff. 5 c) = ZMR 67, 83, (84 Ziff. 5 c)

5) BGH WM 66, 1150 (1151 1.Sp. oben) = ZMR 67, 83 (vor Ziff. b)

über den Schätzungszweck - ob für Verkauf, Beleihung oder Versicherung - ... "enthielt. ¹⁾

b) Eines Diplom-Ingenieurs

Im Urteil vom 28.6.66 hat der BGH diese Rechtsprechung auf einen nicht öffentlich bestellten und vereidigten Diplom-Ingenieur ausgedehnt, der mit Wertschätzungen betraut war. Der Diplom-Ingenieur hatte ein Wohnhaus als Neubau der Nachkriegszeit geschätzt, obwohl es über 60 Jahre alt war und in einigen Zimmern Stützbalken angebracht waren. Er hatte ferner unrichtig angegeben, die Räume besichtigt zu haben und die Freiheit von Schwamm und Feuchtigkeit attestiert. In den von ihm nicht besichtigten Räumen war jedoch teils Feuchtigkeit, teils Schwammbefall gegeben. Der BGH sah darin ein leichtfertiges und grobfahrlässiges Verhalten und begründete den Sittenverstoß mit der Vertrauensstellung des Beklagten als Schätzer. Da auch bedingter Vorsatz vorlag, war der Schadensersatzanspruch, mit dem aufgerechnet wurde, gegeben. ²⁾

c) Eines Maschinenschätzers

Ebenfalls bejaht wurde ein Schadensersatzanspruch aus § 826 bei einem Sachverständigen für Maschinenschätzungen. ³⁾ Der Sachverständige hatte den Zeit- und Neuwert von Maschinen für einen Kredit zu schätzen. Er führte eine viel zu kurze Besichtigung durch und traf keinerlei Feststellungen über Baujahr, Hersteller und Lieferanten. Er hatte keine Rückfragen bei den Maschinenfabrikanten und Handelsfirmen über die damals geltenden Preise gehalten, sondern den Neuwert aufgrund von Tabellen der Literatur nach kg berechnet. "Dieses Verhalten des Beklagten wird vom BG (so der BGH in seinem Urteil vom 11.10.1960) mit Recht als grob leichtfertig und als Verstoß gegen die guten Sitten bezeichnet." ⁴⁾

d) Eines Kfz-Sachverständigen

Mit zwei abweichenden Schätzungen eines und desselben Kraftfahrzeuges durch einen Kfz-Sachverständigen befaßt sich das Urteil des LG Hamburg vom 17.4.1959. ⁵⁾ Die Klägerin,

1) Zu diesem Fall siehe unten b). Vgl. auch die unten d) besprochene Entscheidung betreffend zwei Kfz-Schätzungen. Auch hier ist der tragende Gesichtspunkt der Entscheidung die voraussetzende Sachkunde der Benutzer der Gutachten.

2) BGH WM 66, 1150 = VersR 66, 1032 = BB 66, 1324 = ZMR 67, 83

3) BGH BB 60, 1301

4) BGH BB 60, 1301

5) LG Hamburg VersR 60, 89

eine Teilzahlungsbank, hatte aufgrund der 1. Schätzung des Beklagten im Auftrag des Darlehensnehmers einen Kredit in Höhe von 7.936.-- DM bei einem Schätzwert des Kfz in Höhe von 7.100.-- DM gegeben. Da der Käufer seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkam, griff die Teilzahlungsbank wenig später auf ihr Sicherungseigentum zurück. Sie mußte für 3.000.-- DM Reparaturkosten aufbringen und gab daher der X-GmbH den Auftrag, den Wert des Kfz zu schätzen. Diese beauftragte zufällig den Beklagten, der diesmal den Wert auf 3.800.-- DM schätzte. Der Beklagte trug vor, die 1. Schätzung sei eine in der Kfz-Branche häufige - man denke an Unfälle - Rückwärtsschätzung gewesen. Bei einer solchen sei es nicht üblich, das Kfz zu besichtigen, sondern die Schätzung werde aufgrund der Angaben des Auftraggebers gemacht. Dies sei aus der Schätzurkunde und dem verwendeten Formular für die Klägerin erkennbar gewesen. Das 2. Gutachten sei ein Gegenwertgutachten aufgrund einer von ihm durchgeführten Besichtigung des Kfz gewesen. Das LG Hamburg folgte diesen Ausführungen und wies die Klage ab, da kein Sittenverstoß vorliege.

e) Der gerichtliche Sachverständige

Auch ein Sachverständiger als Gehilfe des Richters kann nach § 826 Schadensersatzpflichtig werden. ¹⁾ Dieser Anspruch hat jedoch keine praktische Bedeutung, da die Tatbestände der vorsätzlich falschen eidlichen und uneidlichen Aussage, §§ 153, 154 StGB, und der fahrlässigen eidlichen Aussage, § 163 StGB, Schutzgesetze ²⁾ im Sinne des § 823 Abs. 2 und deren Haftungsvoraussetzungen geringer als die des § 826 sind.

2. Die Rechtsprechung bei Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern

Wie Sachverständige zu behandeln sind Rechtsanwälte, ³⁾ Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, also die beratenden Berufe.

a) Insbesondere bei Wirtschaftsprüfern

Zur Frage eines Sittenverstoßes durch Erstattung eines unrichtigen Prüfungsberichts durch

1) Bremer, S. 58; Weimar, VersR 55, 263 (264)

2) Bremer, S. 56 ff; Weimar, VersR 55, 263 (264)

3) NJW 62, 1766 = Betrieb 62, 1205 = MDR 62, 974 = teilweise in BB 62, 934 und VersR 63, 138 (LS)

einen Wirtschaftsprüfer hat der BGH in seiner berühmten Entscheidung vom 13.7.1956¹⁾ Stellung genommen. Da die Sache wegen eines Verfahrensverstößes zurückverwiesen worden war, hatte der BGH mit Urteil vom 1.4.1958 zum zweitenmal in der Sache zu entscheiden.²⁾ Die beiden Entscheidungen sind zusammen zu besprechen.

Ihnen lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der beklagte Wirtschaftsprüfer führte im Auftrag des Kaufmanns P. eine Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse der im März 1947 gegründeten H.-GmbH. durch, da P. eine Beteiligung an der GmbH erwog. Im Prüfbericht vom 30.1.48 teilte der Beklagte mit, daß er die Bilanzposten formell und materiell geprüft habe und faßte das Ergebnis in folgenden Sätzen zusammen:

- "1. Die Organisation des Unternehmens ist zweckmäßig und wirtschaftlich, die Führung der Bücher ist ordnungsmäßig.
2. Obwohl das Unternehmen erst ein Jahr besteht, sind Vermögenslage und Liquidität angemessen günstig, die wahrscheinlichen Rentabilitätsaussichten gut.
3. Gegen eine Beteiligung bestehen keine Bedenken, eine Beteiligung auch in Form eines Darlehens würde wie ein Stammanteil behandelt werden. "

P. beteiligte sich aufgrund dieses Berichts mit 350.000.-- RM. Der Kläger gab aufgrund dieses Prüfberichts, der ihm vom Geschäftsführer F. vorgelegt worden war, am 1.6.1948 ein Darlehen in Höhe von 300.000.-- RM. Am 12.11.1948 geriet die H.-GmbH in Konkurs. Der Kläger und P. erlangten im Konkursverfahren keine Befriedigung. P. erhielt seinen Schaden jedoch von der Haftpflichtversicherung des Beklagten ersetzt.

Das Berufungsgericht stellte fest, daß der Beklagte bewußt unwahre Erklärungen im Prüfungsbericht abgegeben hatte, und daß darüber hinaus der Bericht im wesentlichen auf Angaben des Geschäftsführers F. beruhte. Dieser hatte in wirtschaftlich nicht zu rechtfertigender Weise minderwertige Waren eingekauft. Gegen diesen Geschäftsführer F. hatte jedoch der Beklagte, wie er selbst eingestand, Bedenken gehabt, weil ihm dieser allzu stark auf seinen eigenen Vorteil bedacht schien.⁴⁾

1) BGH in LM, § 826 (Gb) Nr. 4 = WM 56, 1229 = MDR 57, 29 (mit Anm. Pohle) = VersR 56, 641 = BB 56, 865; vgl. ferner zu der Entscheidung Faber, BB 57, 494 und Neflin, BB 57, 496

2) BGH WM 58, 877 = VersR 58, 445

3) BGH WM 56, 1229

4) Der Sachverhalt im letzten Absatz ergibt sich nur aus der zweiten Entscheidung in WM 58, 877 (878 unter II und III 2) = VersR 58, 445 (r.Sp. III 2)

Der BGH führt aus, daß "insbesondere dann, wenn der Schädiger mit Rücksicht auf sein Ansehen oder seinen Beruf eine Vertrauensstellung einnimmt", "ein leichtfertiges und gewissenloses Verhalten einen Sittenverstoß darstellen kann." ¹⁾

Ein solches Verhalten ist für den BGH durch die bewußt wahrheitswidrigen Angaben in dem Prüfungsbericht und das leichtfertig günstige Urteil des Beklagten über die Kreditwürdigkeit der Firma gegeben.

Bei der Feststellung des Schädigungsvorsatzes waren drei Fragen zu prüfen:

1. Wie kam der Bericht des Beklagten von P. zur Firma H.? Das Berufungsgericht hatte diese Frage geprüft und festgestellt, daß der Beklagte den Bericht vorsätzlich in die Hände der Firma H. gelangen ließ. ²⁾ Der BGH stellt nicht auf das Willensmoment ab. Die betreffende Stelle lautet wörtlich: "Ist der Beklagte sich dessen bewußt gewesen oder hat er damit gerechnet, daß sein leichtfertig falscher Prüfungsbericht in die Hände der Firma H. gelangen und von dieser bei Kreditverhandlungen mit Dritten zu deren Täuschung benutzt werden würde, und hat er vorausgesehen und es gebilligt oder es in Kauf genommen, daß diese aufgrund seines Prüfungsberichtes der Firma H. Kredit gewähren würden, so ist er entgegen der Ansicht der Revision für diesen Dritten entstandenen Schaden ersatzpflichtig." ³⁾ Für die Frage, wie der Bericht zur Firma H. gelangte, genügt also für den BGH bereits die Vorstellung der Möglichkeit ("bewußt", "gerechnet") im Gegensatz zur Vorstellung und Billigung hinsichtlich des Schadens, (vorausgesehen, gebilligt und in Kauf genommen). ⁴⁾

2. Muß sich der Schädigungsvorsatz auf die Person des Geschädigten beziehen? Muß diese also dem Schädiger bekannt sein? Der BGH verneint diese Frage. ⁵⁾

3. Ist die Tatsache erheblich, daß sich P. vor der Darlehensgewährung des Klägers an der Firma H. mit 350.000.-- RM beteiligt hatte?

Der BGH stellt dazu die Frage, ob der Beklagte damit rechnen konnte, daß sich P. beteiligen würde, und ob er darauf vertrauen durfte, daß dann die Firma saniert würde. ⁶⁾ In die-

1) BGH WM 56, 1229 (2.)

2) BGH WM 56, 1229 (1.)

3) BGH WM 56, 1229/30

4) Diese Frage berührt sich mit dem Problem des Sittenwidrigkeitszusammenhangs. Dazu sh. unten III, S.117 f

5) BGH WM 56, 1229 (4.)

6) BGH WM 56, 1230 (5.); die Formulierung der Frage folgt dem 2. Urteil WM 58, 877 (879 2 a, b)

sem Fall würde der Schädigungsvorsatz dem Kläger gegenüber entfallen. Da das Berufungsgericht diese Frage nicht geprüft hatte, wurde die Sache zurückverwiesen. Das Berufungsgericht verneinte die Frage in seinem 2. Urteil und verurteilte den Beklagten erneut zur Schadensersatzleistung. Dieses Urteil wurde vom BGH bestätigt. ¹⁾

Ebenfalls mit dem Gutachten eines Wirtschaftsprüfers hatte sich der BGH in seiner Entscheidung vom 18.6.1962 zu befassen. ²⁾ Dem Kläger war als Vorstand der F.-AG am 18.5.1950 fristlos gekündigt worden. In dem Prozess um die fristlose Entlassung fanden außergerichtliche Vergleichsverhandlungen statt, die dazu führten, einen Wirtschaftsprüfer mit der Begutachtung verschiedener Geschäftsvorgänge der Geschäftsführung des Klägers zu beauftragen. Zum Gutachten durfte der Kläger Gegendarstellungen erheben, die berücksichtigt werden sollten. Beim ersten Entwurf wurde so verfahren, während die Einwände zum zweiten Entwurf zu keiner Änderung des Gutachtens führten. Der Kläger verlor den Prozess um die Kündigung aufgrund des Gutachtens. Die F.-AG erhob Widerklage und erstattete Strafanzeige unter Beifügung des Gutachtens. Der Zivilprozess endete 1957 mit einem Vergleich, wonach die F.-AG dem Kläger 190.000.-- DM zu zahlen hatte. Das Strafverfahren endete teils mit Einstellung, teils mit Freispruch mangels Beweisen.

Der Kläger nahm daraufhin die Erben des Wirtschaftsprüfers auf Schadenersatz in Anspruch.

Der BGH befaßt sich aufgrund der Revisionsrüge eingehend mit dem Begriff der Sittenwidrigkeit. ³⁾ Ob dieser bei leichtfertigem Handeln vorliege, sei von den Umständen des Einzelfalles abhängig. "Dabei wird, . . . , die Sorglosigkeit des Gutachters entsprechend schwer ins Gewicht fallen, wenn er besonders wichtige Fragen zu untersuchen hat und vom Ergebnis des Gutachtens weittragende wirtschaftliche Folgen für die Beteiligten abhängen." ⁴⁾

Die Kausalität des Gutachtens eines Wirtschaftsprüfers für den Schaden betrifft die Entscheidung des BGH vom 29.4.1960 in VersR 60, 920. Der Wirtschaftsprüfer hatte zwei sich gegenseitig aufhebende Fehler bei der Erstellung eines Status gemacht. Der BGH verneinte daher die Schadensersatzpflicht, weil der Schaden auch bei Erstellung eines ordnungsgemäßen Status eingetreten wäre.

1) BGH WM 58, 877 (879 3.)

2) BGH WM 62, 933 = VersR 62, 803 = Betrieb 62, 1003;

Da der Sachverhalt nicht voll aufgeklärt war, wurde die Sache zurückverwiesen

3) BGH WM 62, 933 (935 IV) = VersR 62, 803 (804 IV)

4) BGH WM 62, 933 (935 IV 3.) = VersR 62, 803 (804 IV 3.)

b) Bei Steuerberatern

Einen Steuerberater betrifft die Entscheidung des OLG Schleswig vom 6.6.1961 in VersR 61, 1148. Das OLG verneint den Schädigungsvorsatz und prüft dabei das angeblich leichtfertige Verhalten, ohne dies vorher als Sittenverstoß gewürdigt zu haben. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, da weder der Sittenverstoß den Vorsatz, noch dieser den Sittenverstoß ersetzen kann. ¹⁾ Beide hängen jedoch zusammen, so daß "in vielen Fällen die Frage der vorsätzlichen Schädigung nicht ohne die - davon zu trennende - Frage eines Sittenverstoßes beantwortet werden kann. Art und Weise des sittenwidrigen Verhaltens können Anhaltspunkte auch dafür bieten, ob der Schädiger mit Vorsatz gehandelt hat." ²⁾

3. Die Rechtsprechung bei nicht neutralen, eigeninteressierten Sachverständigen usw.

a) Einer Treuhandgesellschaft als Kommanditistin und eines Handlungsbevollmächtigten im Konkurs einer Fischkonservenfabrik

Im Gegensatz zu den Fällen unter 1 und 2 sind in den folgenden zwei Entscheidungen die Treuhandgesellschaft und der Handlungsbevollmächtigte, zwar ebenfalls mit Sachverstand ausgestattet, aber nicht mehr in einer unparteiischen Stellung, sondern selbst im zu beurteilenden Sachverhalt engagiert. Die beiden Entscheidungen betreffen jeweils den Konkurs derselben ³⁾ Fischkonservenfabrik. ⁴⁾

Wegen der außerordentlich unübersichtlichen Darstellung des Tatbestandes in den beiden Fundstellen wird dieser als Zusammenfassung zum besseren Verständnis der beiden Entscheidungen der Besprechung vorausgeschickt.

Die Klägerinnen lieferten Dosen an die Fischkonserven-Firma K. Die Firma K. bestand bereits seit 1877 im Sudetenland und wurde 1948 als oHG von den Eheleuten K. neu gegründet. Am 12.5.54 wurde die oHG in eine KG unter Aufnahme neuer Gesellschafter umgewandelt.

1) 2) BGH WM 66, 1148 (1149 Ziff. 2 d) = VersR 66, 1034

3) Die Identität ergibt sich aus WM 64, 1164 I. Sp. erster Absatz letzter Satz

4) BGH Urteil v. 27.2.62 in WM 62, 579 und
BGH Urteil v. 10.7.64 in WM 64, 1163

Persönlich haftende Gesellschafter waren demnach:

Anton K. mit einer Einlage von	DM 35.000.--
Prokurist L. "	DM 20.000.--
Kaufmann P. "	DM 15.000.--
Kommanditisten waren:	
Herta K. mit einer Einlage von	DM 35.000.--
die Treuhandgesellschaft T. mit einer Einlage von	DM 85.000.--
Gesamtkapital	DM 190.000.--

Der Treuhandgesellschaft waren im Gesellschaftsvertrag weitgehende Zustimmungs- und Kontrollrechte eingeräumt. Sie hatte das Recht den Betrieb zu besichtigen, die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung, sowie das gesamte Rechnungswesen zu prüfen oder durch Beauftragte prüfen zu lassen. Ferner bedurfte die Feststellung und Genehmigung der Jahresabschlüsse ihrer Zustimmung.

Die Bilanzen der Firma K. wurden seit ihrer Neugründung im Jahre 1948 bis 1954 vom Wirtschaftsprüfer S. erstellt.

Die Bilanz vom 31. 12. 1954 wurde außer von S. noch vom Geschäftsführer H. und dem Prokuristen T. der Treuhandgesellschaft unterzeichnet. Das dazu gehörende Inventarverzeichnis per 31. 12. 1954 war von Anton K. und dem Handlungsbevollmächtigten E. unterzeichnet. E. hatte im Auftrag der Treuhandgesellschaft an der Bestandsaufnahme des Warenlagers teilgenommen. E. hatte auf dem Gebiet der Fischkonservenindustrie keine besonderen Erfahrungen. Bei der Inventur hatte er jedoch einen Teil der Warenbestände selbst geprüft und hatte Stichproben vorgenommen.

Von Anfang 1955 bis November 1955 fanden zwischen der Firma K. und deren Gläubiger verschiedene Kreditverhandlungen statt. An diesem nahm auch der Handlungsbevollmächtigte E. teil. Die Verhandlungen führten dazu, daß am 15. 7. 1955 der Wirtschaftsberater O. beauftragt wurde, die Rentabilitätslage und Zukunftsaussichten der Firma K. zu untersuchen. Er erstattete zwei Gutachten, in denen unter anderem festgestellt wurde, daß die Warenbestände zu hoch bewertet waren. (Abschläge von um 12,5 % statt von 28,5 % auf den Warenwert. Dieser Punkt blieb in beiden Prozessen streitig.) Der Wirtschaftsberater O. kam im Gutachten vom 27. 8. 1955 zusammenfassend zu dem Ergebnis, "daß bei einer angemessenen Auffüllung des Eigenkapitals, einer straffen und planvollen Geschäftsführung und

einem Wirksamwerden der Bemühungen um eine Ordnung des Marktes das Geschäft der Firma K. eine zufriedenstellende Entwicklung und echten Gewinn erwarten lasse."

Um die Jahreswende wurde der Wirtschaftsberater O. von Dosenfabrikanten beauftragt, bei der Firma K. eine Bilanzierung per 31.12.1955 vorzunehmen. Als er am 6., 7. und am 9.1.1956 im Rahmen dieses Auftrages die Warenbestände prüfte, stellte sich heraus, daß die Firma K., um kreditwürdig zu erscheinen, seit Jahren falsche Bestandsverzeichnisse aufgestellt hatte. Nach der Inventurliste der Fa. K. vom 31.12.1955 hätten 927.815 Dosen vorhanden sein müssen. Am 10.1.1956 waren es nur 187.204 Dosen Vollkonserven. Am 12.1.1956 wurde das Konkursverfahren eröffnet. Die Überschuldung betrug zu diesem Zeitpunkt 922.000.-- DM.

Anton K. wurde rechtskräftig wegen Konkursverbrechens und Betruges zu 1 Jahr und 10 Monaten und seine Ehefrau Herta K. wegen Beihilfe dazu zu 9 Monaten Gefängnis verurteilt.

Soweit der gleichlautende Sachverhalt für die beiden Klägerinnen, jeweils Dosenfabriken.

Die Klägerin im Urteil vom 27.2.1962, abgedruckt in WM 62, 579 ff, trug zudem vor, sie habe bereits im März 1955 vorgehabt, keine weiteren Warenkredite mehr zu gewähren. Sie sei davon nur abgehalten worden, weil man ihr,

- a) die von der Treuhandgesellschaft, vertreten durch H. und T., unterzeichnete falsche Bilanz 1954 vorgelegt habe und
- b) weil sie den Erklärungen des E. vertraut habe, die Firma K. sei sanierungsfähig und die Treuhandgesellschaft werde ihre Kommanditeinlage auf 200.000.-- DM erhöhen, falls die Gläubiger still hielten.

Die Klägerin beurteilt ferner das Verhalten des E. bei der Inventur als schuldhaft.¹⁾ Sie klagt auf Schadenersatz unter anderem gegen die Treuhandgesellschaft und gegen E.

Die Treuhandgesellschaft und E. trugen vor:

- a) Die Bilanz 1954 sei nur für den internen Gebrauch bestimmt gewesen. Es sei ihr (T.) nicht bekannt gewesen, daß Bilanz und Inventurverzeichnis von ausschlaggebender Bedeutung für Warenkredite sein könnten.
- b) E. habe nur den Auftrag gehabt, die nicht sicherungsübereigneten Warenbestände zu prüfen.

1) BGH WM 62, 580

- c) E. habe nicht leichtfertig gehandelt, als er die Firma K. als sanierungsfähig bezeichnet habe, da dies auch das Ergebnis des Gutachtens von Wirtschaftsberater O. gewesen sei, der als Experte auf dem Gebiet der Fischereiindustrie gelte.
- d) Die Absicht, die Kommanditeinlage zu erhöhen, habe bestanden, sei aber später aufgegeben worden. ¹⁾

Der BGH führt dazu aus, daß die Bedeutung der Bilanzunterschrift für das Innenverhältnis nicht ausschließe, daß die Treuhandgesellschaft verpflichtet war, zu prüfen, ob sie die Unterzeichnung auch im Interesse anderer Personen verantworten könne. Die Treuhandgesellschaft mußte damit rechnen, daß die Bilanz mit ihrer Unterschrift an Lieferanten der Firma K. gelangen würde, und daß dabei das "besondere Vertrauen", welches der Treuhandgesellschaft "als staatlich kontrollierte Einrichtung in der Öffentlichkeit entgegengebracht" ²⁾ wurde, eine Rolle spiele. ³⁾ Der BGH vergleicht insoweit die Treuhandgesellschaft als Kommanditistin mit einem Wirtschaftsprüfer unter Bezugnahme auf das Urteil vom 13.7.1956 (WM 56, 1229). ⁴⁾ Daher könne ein Sittenverstoß vorliegen, wenn die Unterzeichnung der Bilanz durch H. und T. grob fahrlässig und leichtfertig erfolgte. ⁵⁾

Der Vorwurf einer Leichtfertigkeit könne jedoch nur erhoben werden, "wenn die Treuhandgesellschaft die Bilanz per 31.12.1954 ohne jede Prüfung mitunterscriben hätte oder wenn sie ohne jede Schwierigkeit hätte feststellen können, daß der Warenbestand in der Bilanz unrichtig angegeben war." ⁶⁾ Im folgenden verneint der BGH den Vorwurf der Leichtfertigkeit unter genauer ins einzelne gehender Wiedergabe der Feststellung des Berufungsgerichts. ⁷⁾

Auch einen Sittenverstoß durch E. hält der BGH für möglich und bejaht damit implizit, daß ein leitender Angestellter eine Vertrauensstellung in der Öffentlichkeit besitzen kann. Der BGH verneint jedoch den Sittenverstoß aus tatsächlichen Gründen. Für die Inventur, da E. getäuscht worden sei und dies nicht auf seinen Leichtsinne zurückgeführt werden könne und für seine Erklärungen zur Sanierungsfähigkeit der Firma K., weil er dem Gutachten des Wirtschaftsberaters O. folgen durfte. ⁸⁾

1) BGH WM 62, 580

2) Die Treuhandgesellschaft war im öffentlichen Interesse gegründet worden, um eine ordnungsgemäße Verwendung der Kredite an Vertriebene zu gewährleisten.

3)4)5) BGH WM 62, 581 I. Sp. 3

6) BGH WM 62, 581 I. Sp. 4a

7) BGH WM 62, 581 4a und b

8) BGH WM 62, 581 II 1 und 2

Zum Vorsatz führt der BGH aus, daß bedingter Vorsatz ausreiche. Dieser scheide jedoch aus, da nicht angenommen werden könne, daß die Treuhandgesellschaft, die ein gleiches Interesse an der wirtschaftlichen Lage und Kreditwürdigkeit der Firma K. gehabt habe, wie die Klägerin, eine Schädigung ihrer eigenen Interessen gebilligt haben würde. ¹⁾

Auch das Urteil vom 10.7.1964 befaßt sich mit einer Klage gegen die Treuhandgesellschaft und gegen E. ²⁾

Das Berufungsgericht hatte die Treuhandgesellschaft wegen fahrlässig unrichtiger Auskunft in einem vertragsähnlichen Verhältnis zum Schadenersatz verurteilt. Dabei hatte es die Ausführungen des BGH im ersten Urteil ³⁾ über die Möglichkeit eines Sittenverstoßes durch Unterzeichnung einer unrichtigen Bilanz zugrundegelegt.

Dies nimmt der BGH zum Anlaß diese Ausführungen einzuschränken. Die Mitunterzeichnung der Bilanz sei keine "Auskunft an alle, die es angeht." ⁴⁾ Daran ändere auch der Umstand nichts, "daß die hier unterzeichnende Kommanditistin eine "Treuhandgesellschaft" der Vertriebenen ist, die im öffentlichen Interesse gegründet wurde, um die ordnungsgemäße Verwendung der an Vertriebene gewährten Kredite nach Möglichkeit zu gewähren." ⁵⁾

Die Einschränkung erfolgt dahin, daß nur "in einer späteren Aushändigung der Bilanz durch den Kommanditisten oder mit seinem Willen an einen Dritten die Erteilung einer Auskunft über die bilanzierende Kommanditgesellschaft gesehen werden" ⁶⁾⁷⁾ könne. Diese Auskunft könne nach § 826 schadenersatzpflichtig machen. ⁸⁾

Die Klägerin hatte vorgetragen, die Vertreter der Treuhandgesellschaft hätten die Bilanz frisiert, also vorsätzlich eine unrichtige Bilanz miterstellt und unterzeichnet. Das Berufungsgericht hatte von seinem Standpunkt aus keine Veranlassung gehabt auf diesen Vortrag einzugehen. Da der BGH ein vertragsähnliches Verhältnis zwischen den Parteien verneinte, ⁹⁾ wurde es nun für die Anspruchsgrundlage des § 826 entscheidungserheblich. Daher wurde vom BGH die Sache zurückverwiesen. ¹⁰⁾

1) BGH WM 62, 582 IV

2) BGH WM 64, 1163 ff

3) siehe oben S. 105/106 und BGH WM 62, 579 (581 1.Sp. 3)

4)5) BGH WM 64, 1164 (2a)

6) BGH WM 64, 1164 (2b)

7) Diese Einschränkung berührt das Problem des Sittenwidrigkeitszusammenhangs. Dazu unten III, S. 117 ff

8) BGH WM 64, 1164 1.Sp. unten

9) BGH WM 64, 1164 r.Sp. oben

10) BGH WM 64, 1165

In den Ausführungen zur Klage gegen E. bestätigt der BGH, daß "ein Sittenverstoß im Sinne des § 826 BGB auch in einem leichtfertigen Verhalten erblickt werden (könne), das als gewissenlos zu werten ist," und daß dies "insbesondere bei leichtfertig falscher Begutachtung durch Sachverständige oder Auskunft gegeben sei." ¹⁾ Der BGH fährt fort: "Auch ein Angestellter, der als Handlungsbevollmächtigter ²⁾ mit der Überprüfung der Inventur beauftragt ist, kann sich unter diesen Voraussetzungen Dritten gegenüber einer Haftung aus § 826 BGB aussetzen." ³⁾

Schon im 1. Urteil ⁴⁾ hatte der BGH, allerdings implizit, eine solche Vertrauensstellung für E. bejaht. Dies wird nun ausdrücklich bestätigt und E. wie ein Sachverständiger behandelt. Dies ergibt sich auch aus den für die "Auskunft" angegebenen Zitaten BGH WM 56, 1129 ⁵⁾ und BGHZ 10, 228, 233. Im BGH WM 56, 1129 hat ein Wirtschaftsprüfer eine unrichtige Bilanz erstellt. ⁶⁾ Also auch ein Sachverständiger was Beruf und Unabhängigkeit betrifft. BGHZ 10, 228 (233) betrifft die Frage der Sittenwidrigkeit einer Sicherungsübereignung an eine Bank nach § 138 und ist nicht einschlägig.

b) Einer Gesellschaftergeschäftsführerin

Ähnlich wie der Handlungsbevollmächtigte E. liegt der Fall, den der BGH in seinem Urteil v. 28.9.1955 entschied. ⁷⁾

Die Geschäftsführerin einer GmbH u. Co. KG. hatte ein riskantes Exportgeschäft getätigt, bei dessen Scheitern die Firma in Konkurs gehen mußte. Dies geschah auch am 21.5.1949. Der BGH bejaht implizit die Möglichkeit eines Sittenverstoßes durch ein leichtfertiges, gewissenloses Verhalten der Geschäftsführerin. Ob das riskante Exportgeschäft einen solchen Verstoß darstellt, prüft der BGH sodann an Hand der Auffassungen der redlichen Kaufmannschaft. Nach deren Auffassungen reicht es jedoch nicht aus, daß ein Geschäft riskant ist, um es als leichtfertig und gewissenlos anzusehen. ⁸⁾

1) BGH WM 64, 1165 (II)

2) E. ist im 1. Urteil Prokurist. Im 2. Urteil wird er nicht mit einer Abkürzung, sondern nur als Bekl. zu 2, aber ebenfalls als Vertreter der Treuhandgesellschaft bezeichnet, WM 64, 1163 1. Sp. Es handelt sich jedoch bei genauem Vergleich um die gleichen Personen. Die unterschiedliche Rechtsstellung läßt sich aus der Verschachtelung der Firma K. und der Treuhandgesellschaft erklären.

3) BGH WM 64, 1165 (II)

4) siehe oben, S. 106

5) siehe oben, S. 99 ff

6) siehe oben, S. 99 ff

7) BGH WM 56, 61

8) BGH WM 56, 63

c) Handlungsbevollmächtigter und Gesellschaftergeschäftsführerin im besonderen

Diese beiden Haftungsfälle unterscheiden sich durch die Abhängigkeit der in Anspruch genommenen, im Unterschied zur unabhängigen und unbefangenen Stellung der Sachverständigen und Berater. Während die Treuhandgesellschaft selbst als Wirtschaftsprüferin tätig ist und aufgrund ihrer Funktion als Kontrollorgan der öffentlichen Hand noch mit den Fällen der Sachverständigen und Berater gleichgestellt werden kann, ist dies für die beiden anderen Fälle nicht mehr möglich. Der Handlungsbevollmächtigte E. und die Geschäftsführerin sind in abhängiger Stellung tätig. Wenn auch nicht generell eine Haftung nach § 826 verneint werden kann, so befremdet doch die implizit erfolgte Gleichstellung mit den unabhängigen Sachverständigen und Beratern. Der Pflichtenkreis beider Gruppen ist grundverschieden und damit auch die Möglichkeiten eines Sittenverstößes. Eine Bemerkung oder Ausführungen hierzu vermißt man in den genannten Entscheidungen.

d) Kritische Würdigung

Der BGH hatte den Schädigungsvorsatz der Treuhandgesellschaft verneint, da dessen Bejahung einer gebilligten Selbstschädigung entsprochen hätte.¹⁾ Dieses Argument ist die logische Konsequenz des Engagements der Treuhandgesellschaft und wäre bei den Fällen der Sachverständigen und Berater undenkbar. Ein ebensolches Engagement liegt den beiden Fällen der Konkursverschleppung durch Kreditgeber zu grunde, die der BGH zu entscheiden hatte.²⁾

In beiden Fällen wird der Schädigungsvorsatz verneint.³⁾ In der Entscheidung des BGH vom 15.6.1962 hatte es das Berufungsgericht dahingestellt gelassen, ob zum Zeitpunkt der Kreditgewährung die Gemeinschuldnerin bereits konkursreif gewesen war – also die Voraussetzungen für die Möglichkeit eines derartigen Sittenverstößes überhaupt vorlagen – und hatte gleich den Schädigungsvorsatz verneint, weil die Bank von der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens überzeugt gewesen war. Der BGH schließt sich diesen Ausführungen des Berufungsgerichts mit den Worten an: "Die hier getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Annahme, daß zum mindesten die auf subjektivem Gebiet liegenden Voraussetzungen des § 826 für eine Schadenersatzpflicht der Y-Bank nicht vorgelegen haben."⁴⁾

1) siehe oben, S. 106/107 und BGH WM 62, 582 IV

2) BGH WM 62, 962

3) BGH WM 62, 962 (965 r.Sp.)

4) BGH WM 62, 962 (965 r.Sp.)

In der Tat sind diese Fälle des Eigeninteresses dadurch gekennzeichnet, daß der vorgeworfene Sittenverstoß notwendig zu einer eigenen Schädigung geführt hätte, und daß daher der Schädigungsvorsatz die Billigung einer eigenen Schädigung miteinschließt.

4. Die Rechtsprechung bei Warenherstellern (Kalkmännchen)

In zwei Entscheidungen wird eine Haftung des Warenherstellers nach § 826 wegen eines leichtfertigen, grobfahrlässigen Verhalten bejaht.¹⁾ Auch in diesem Fall liegt ein Eigeninteresse vor, mit dem jedoch durch den vorgeworfenen Sittenverstoß keine eigene Schädigung verbunden ist. Darin liegt der Unterschied zu den vorher besprochenen Fällen der Kreditgewährung an konkursreife Unternehmen.

Beiden Fällen lag derselbe Sachverhalt zugrunde. Bei der Herstellung von Ziegelsteinen traten Kalkeinschlüsse (Kalkmännchen) auf. Beim Nachlöschen durch hinzutreten von Feuchtigkeit tritt eine Volumenvergrößerung der Kalkeinschlüsse ein, die zur Zerstörung der Ziegel führen kann und in den entschiedenen Fällen auch führte. Im ersten Fall, einer Entscheidung des Landgerichts Heidelberg, sogar dazu, daß mehrere Bauten geräumt werden mußten. Der Sittenverstoß wird darin gesehen, daß die Ziegelfabrikanten sowohl aufgrund eigener Sachkunde, als auch aufgrund von Kundenreklamationen, die Gefährlichkeit des Rostoffes und der Herstellungsweise kannten, ohne Abhilfe zu schaffen.

B. Kritische Untersuchung der vier Fallgruppen

Die Fälle eines Sittenverstoßes bei leichtfertigem, grobfahrlässigem (gewissenlosem) Verhalten umfassen demnach 4 Gruppen.

Es sind:

- 1) Die unabhängigen Sachverständigen; (II A 1)
- 2) die unabhängigen Berater, wie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte; (II A 2)
- 3a) unabhängige, aber in eigenem Interesse handelnde Personen, bei denen der vorgeworfene Sittenverstoß notwendig eine eigene Schädigung miteinschließt; (II A 3a, b und c)
- 3b) Angestellte, die neben oder anstatt ihres Arbeitgebers in Anspruch genommen werden; (II A 3a und b)

1) BGH VersR 58, 672; LG Heidelberg BB 63, 670. Inzwischen überholt durch die Produkthaftung, siehe oben § 11 S.82 ff

4) unabhängige, aber in eigenem Interesse handelnde Personen, bei denen der vorgeworfene Sittenverstoß keine eigene Schädigung miteinschließt; (II A 4).

Dabei ist zu beachten, daß in den zu 3) gehörenden Fällen, die Klagen abgewiesen wurden.

1. Bestehen gemeinsamer Merkmale?

a) Der Verstoß gegen Berufsregeln

In allen vier Gruppen wird vom Kläger der Vorwurf erhoben, der Beklagte habe in grober Weise gegen die Regeln des ausgeübten Berufes im weiteren Sinne einer Erwerbstätigkeit verstoßen. Ob ein solcher Verstoß vorlag, wurde von den Gerichten für die Fälle des mitgeschädigten Eigeninteresses zum Teil gar nicht geprüft, sondern sofort der Schädigungsvorsatz verneint. Dasselbe hätte für den Fall des Handlungsbevollmächtigten E. vorgenommen werden können, denn ihm wurde nichts anderes oder zusätzliches vorgeworfen, als die Ausübung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber der Treuhandgesellschaft. Dies legt die Frage nahe, ob der Verstoß gegen die Berufsregeln hier überhaupt konstitutiv für eine eventuelle Haftung wäre.

b) Die Vertrauensstellung in der Öffentlichkeit

Neben dem Verstoß gegen die Berufsregeln gehört eine Vertrauensstellung in der Öffentlichkeit. Für die Sachverständigen und Berater liegt eine Vertrauensstellung vor. Sofern die Abnehmer auf die Qualität der Ware vertrauen können müssen, kann eine Vertrauensstellung auch für den Warenhersteller bejaht werden.

c) Ausscheiden der 3. Fallgruppe

Zu verneinen ist jedoch eine Vertrauensstellung gegenüber der Öffentlichkeit für die Fälle des mitgeschädigten Eigeninteresses und bei Angestellten. In diesen Fällen wird nur im eigenen Interesse gehandelt und nicht im fremden Interesse, wie bei Sachverständigen und Beratern oder doch wenigstens auch im fremden Interesse, wie beim Ziegelfabrikanten.

In den Fällen in denen eine Haftung bejaht werden könnte, also insbesondere der Schädigungsvorsatz vorläge, ist andererseits der Verstoß gegen Berufsregeln und die Vertrauensstellung unwesentlich. So z.B. wenn das riskante Exportgeschäft durch die GmbH u. Co KG vertreten durch ihre Geschäftsführerin nur getätigt worden wäre, weil die Firma nichts mehr

zu verlieren hatte und die persönliche Haftung der Gesellschafter beschränkt ist. In diesem Fall würden die Gesellschafter soweit sie das Geschäft selbst vornahmen (die Geschäftsführerin war Mitgesellschafterin) oder es veranlaßten oder beschlossen nach § 826 haften. Der Sittenverstoß läge aber nicht im Verstoß gegen die Berufsregeln, sondern in der mißbräuchlichen Ausnützung der Haftungsbeschränkung. Wo keine Haftungsbeschränkung vorliegt, wie bei dem Ehemann K., persönlich haftender Gesellschafter der Fischkonservenfabrik, spielt die Frage keine Rolle, da kein Vermögen mehr vorhanden ist. Dasselbe gilt für Angestellte, soweit sie nur ihre vertraglichen Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber erfüllten. Soweit sie darüber hinausgehen, kann ein Sittenverstoß zwar vorliegen, aber dieser wird ebenfalls in einem Rechtsmißbrauch erblickt werden müssen, dem Mißbrauch der Verfügungsbefugnis.

Die 3. Gruppe des mitgeschädigten Eigeninteresses und der Angestellten gehört daher nicht zu den Fällen, in denen eine Haftung wegen eines leichtfertigen, grobfahrlässigen Verhaltens nach § 826 bejaht werden kann. Auf sie wird daher im weiteren nicht mehr eingegangen.

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß für Sachverständige, Berater und Warenhersteller der Sittenverstoß darin liegt, daß in grober Weise gegen die Regeln eines Berufs verstoßen wird, der in der Öffentlichkeit eine Vertrauensstellung innehat.

2. Sind die Anforderungen an den Sittenverstoß wegen leichtfertigen, grobfahrlässigen (gewissenlosen) Verhaltens geringer?

Werden an den unter 1d) dargestellten Sittenverstoß geringere Anforderungen gestellt als sonst? Insbesondere, ist die Kenntnis der Umstände, die das Verhalten zu einem groben Verstoß gegen die Berufsregeln stempeln notwendig?

a) Berufsregelverstoß – Sittenverstoß

Geringere Anforderungen könnten insofern angenommen werden, als die Haftung hier nicht an einem Verstoß gegen moralische Grundsätze anknüpft, sondern an einen Verstoß gegen die "Grundprinzipien unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung", ¹⁾ für die ein funktionierendes Sachverständigen- und Beraterwesen unerlässlich ist. Dasselbe gilt auch für die Warenherstellung, soweit Kontrollen des Abnehmers zu, für die Allgemeinheit, untragbaren

1) Enn.-Nipperdey, § 191 I und Anm. 6, S. 1164

Ergebnissen führen würden. Im Fall des Ziegelfabrikanten eine erhebliche Verteuerung und Verzögerung des Wohnungsbaus.

Darin können jedoch keine geringeren Anforderungen erblickt werden, da diese gemeinschaftsbezogenen Pflichten ebenso zum Sittengesetz gehören, wie die übrigen.

- b) Prüfung an Hand der Rechtsprechung, ob immer die Kenntnis der Umstände vorlag, die den Berufsregelverstoß begründen

Die Frage, ob die Kenntnis der Umstände, aus denen das Sittenwidrigkeitsurteil geschlossen wird, erforderlich ist, wie auch sonst für den Tatbestand des § 826, ist an Hand der Rechtsprechung zu beantworten.

Die Frage könnte bejaht werden, wenn die Unkenntnis zu einer Verneinung der Sittenwidrigkeit geführt hätte. Eine solche Entscheidung liegt jedoch nicht vor. Der Umkehrschluß, daß daher Kenntnis nicht erforderlich sei, ist bereits logisch nicht zwingend. Er hat aber auch keinen Indizwert, da das Fehlen einer solchen Entscheidung leicht erklärbar ist. Die Rechtsprechung bejaht einen Zusammenhang ¹⁾ zwischen der Feststellung des sittenwidrigen Verhaltens und des Schädigungsvorsatzes. Daher könnte bei den Gerichten die Neigung bestehen, beim Fehlen der Kenntnis den Schädigungsvorsatz zu verneinen. Diesen Eindruck erweckt insbesondere das OLG Schleswig in seinem Urteil vom 6.6.1961 zu einer im wesentlichen ordnungsgemäß aufgestellten Bilanz. ²⁾ Das OLG prüft das Verhalten erst beim Schädigungsvorsatz eingehend und kommt zu einer Verneinung des Schädigungsvorsatzes.

Es bleibt die Prüfung, ob in den Fällen, in denen ein Schadenersatzanspruch zuerkannt oder vom BGH für möglich gehalten oder die Sache aber zurückverwiesen wurde, die Kenntnis der Umstände, die zum Sittenwidrigkeitsurteil führte, vorlag oder anzunehmen ist. Die Umstände, deren Kenntnis der Schädiger haben muß, sind jene aus denen der grobe Verstoß gegen die Regeln seines Berufes folgt.

Bei der 1. Gruppe der Sachverständigen ist es deren Pflicht sämtliche Unterlagen zu überprüfen und die zu beurteilenden Sachen persönlich zu besichtigen. ³⁾ Daß der Diplom-

1) BGH WM 66, 1148 (1149 Ziff. 2d) = VersR 66, 1034 = BGH NJW 62, 1766 r.Sp. = MDR 62, 974; "Dabei mag übrigens noch hervorgehoben werden, daß in vielen Fällen die Frage, ob die Schadenszufügung vorsätzlich erfolgt ist, von der Beantwortung der anderen Frage, ob die Handlungsweise des Beklagten gegen die guten Sitten verstoßen hat, sich nicht trennen lassen wird." RGZ 90, 106 (109)

2) OLG Schleswig VersR 61, 1148 (1150)

3) LG Braunschweig BB 66, 1325

Ingenieur in der Entscheidung des BGH v. 28.6.1966 die Räume des Gebäudes, in denen Schwamm und Feuchtigkeit war, nicht besichtigt, und daß er das Alter des Hauses ohne Unterlagen als einen Nachkriegsbau - statt dessen war es über 60 Jahre alt und teilweise mit Stützbalken versehen - geschätzt hatte, mußte ihm wie sich aus der Natur der Sache ergibt bei Erstellung des Gutachtens bekannt gewesen sein. ¹⁾ Dasselbe gilt für den Architekten in der Entscheidung des BGH v. 12.7.1966, der die Schätzung vom Krankenbett ²⁾ aus vorgenommen und dem Architekten in der Entscheidung des LG-Braunschweig, der ein fremdes Gutachten ³⁾ übernommen hatte. Die Architekten hatten jeweils angegeben, das Gutachten selbst erstellt zu haben. Auch der Maschinenschätzer ⁴⁾ in der Entscheidung des BGH v. 11.10.1960 wußte, daß er weder eine ausreichende Besichtigung, noch eine korrekte auf Unterlagen beruhende Neu- und Zeitwertschätzung vorgenommen hatte. Diese Sachverständigen hätten zudem alle die Möglichkeit gehabt die einschränkenden Bedingungen ihres Gutachtens anzugeben, wie dies der Architekt ⁵⁾ in der Entscheidung des BGH vom 21.4.1970 und der Kfz-Schätzer ⁶⁾ in der Entscheidung des LG-Hamburg vom 17.4.1959 getan hatten.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß die Kenntnis jener Umstände aus denen sich der grobe Verstoß gegen die Regeln ihres Berufes ergibt, den Sachverständigen bekannt war.

Für die 2. Gruppe der Berater ist es deren Pflicht die Unterlagen und vor allem die Zuverlässigkeit des Informanten bzw. die Richtigkeit der Information zu prüfen. In der Entscheidung ⁷⁾ des BGH v. 13.7.1956 und der 2. Entscheidung ⁸⁾ des BGH zum selben Sachverhalt vom 1.4.1958 hatte der Wirtschaftsprüfer diese Pflichten bewußt verletzt: "(über die bewußt unwahren eigenen Erklärungen hinaus, wußte der Beklagte schließlich und, wenn er F. nicht traute, erst recht, daß die Angaben der Geschäftsführung der Firma H. (F.), auf die er im wesentlichen sein Gutachten aufgebaut hatte, unrichtig sein könnten und daß daher auch sein Gutachten Dritten ein falsches Bild über die Lage der Firma geben konnte". Im Falle der Entscheidung des BGH vom 18.6.1962 hatte der Wirt-

1) vgl. oben II A 1 b, S. 98 und BGH WM 66, 1150

2) vgl. oben II A 1 a, S. 96 f und BGH WM 66, 1148

3) vgl. oben II A 1 a, S. 96 f und LG-Braunschweig BB 66, 1325

4) vgl. oben II A 1 c, S. 98 und BGH BB 60, 1301

5) vgl. oben II A 1 a, S. 96 f und BGH WM 70, 878

6) vgl. oben II A 1 d, S. 98 und LG-Hamburg VersR 60, 89

7) 8) vgl. oben II A 2 a, S. 99 ff und BGH WM 56, 1229 und BGH WM 58, 877

schaftsprüfer bei Abfassung des Gutachtens sogar eine Gegendarstellung des Klägers. ¹⁾

Auch für die 2. Gruppe der Berater kann somit festgestellt werden, daß die Kenntnis der Umstände, die den groben Verstoß gegen die Berufsregeln begründen, vorlag.

Bei der 3. Gruppe, dem Warenhersteller, war die Kenntnis der ganzen Umstände vom BGH und vom LG-Heidelberg ausdrücklich festgestellt worden. ²⁾

In allen Fällen der 3 Gruppen lag also die Kenntnis der Umstände vor, aus denen sich die grobe Verletzung der Berufsregeln ergab. Zu diesem Ergebnis kommt auch Gaede für die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, da sonst ein bedingter Schädigungsvorsatz nicht denkbar wäre. ³⁾ Auch die Kenntnis der eigenen Vertrauensstellung in der Öffentlichkeit ist für die Gruppen der Sachverständigen und Berater zu bejahen und ergibt sich für den Ziegelfabrikanten aus dessen Sachkunde und aus den Reklamationen der Kunden.

3. Ist die Kenntnis dieser Umstände erforderlich?

Prüfung an Hand der Rechtsprechung

Die Kenntnis der Umstände lag also vor. Es bleibt die Frage, ob daraus geschlossen werden kann, daß diese Kenntnis notwendig ist, wie in den anderen Fällen des § 826. Die Bejahung der Frage führt zu einer weiteren 3. Frage, worauf sich die Formulierung "leichtfertig, grobfahrlässig (gewissenlos)" bezieht, wenn nicht auf das Verhalten des Schädigers, das den groben Verstoß gegen die Berufsregeln enthält?

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 18.6.1962 zur Formulierung leichtfertig, grobfahrlässig (gewissenlos), Stellung genommen und sie als eine Forderung nach schwerer Schuld verstanden. ⁴⁾ Der BGH beruft sich dabei auf drei Entscheidungen des RG, und zwar RG JW 33, 2513; JW 35, 826 und SA 93 Nr. 91. Das Zitat JW 35, 826 ist falsch; an der bezeichneten Stelle ist keine Entscheidung des RG abgedruckt. In der Entscheidung des RG JW 33, 2513 lag die Kenntnis der Umstände, die den Verstoß gegen die Berufsregeln, hier eines Bankdirektors, begründen vor, wie sich aus folgendem Zitat ergibt:

"Mit der Feststellung, daß keine wissentlich falsche Vorspiegelung einer Kreditwürdigkeit vorliege, entfällt zwar die Anwendung des § 823 Abs.2BGB mit § 263 StGB, aber nicht

1) BGH WM 62, 933

2) BGH VersR 58, 672 und LG-Heidelberg BB 63, 670

3) Gaede, S. 80

4) BGH WM 62, 933 (934) = VersR 62, 803 = Betrieb 62, 1003; vgl. auch oben II A 2 a, S. 99 ff

auch die des § 826 BGB , für die es genügt, wenn der Direktor seine Angaben gewissenlos, ins Blaue hinein, ohne andere Unterlagen als die eigenen Angaben des Firmeninhabers gemacht hat in dem Bewußtsein, seine Handlungsweise könne Schaden zur Folge haben."

Auch die Entscheidung des RG in SA 93 Nr. 91 ergibt dasselbe Bild:

"Ebenso ist es nicht zu beanstanden, wenn er aufgrund der besonderen Umstände des Falles zu der Auffassung kommt, daß die Beklagten die Pflicht gröblich vernachlässigt und in einem Maße leichtfertig und verantwortungslos gehandelt hätten, das gewissenlos genannt werden müsse. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts haben die Beklagten gewußt, daß der Verfasser des von ihnen vorgelegten Gutachtens an der Vorführung nicht teilgenommen hat, sie haben nicht dafür gesorgt, daß das Zuschneidewerk auch ihm vorgeführt wurde; sie haben nicht nochmals gemeinsam mit ihm beraten, auch sein Gutachten, insbesondere seine Berechnungen, nicht näher nachgeprüft, sondern das Gutachten einfach unterschrieben".¹⁾

Das RG spricht von gröblich vernachlässigt, leichtfertig und gewissenlos in einem Atemzug mit der Feststellung der Kenntnis jener Umstände, die dieses Urteil begründen. Es bleibt noch die Entscheidung des RG v. 15.11.1909 in RGZ 72, 175 zu erwähnen. Hier hatte der beklagte Arzt ohne genügende Unterlagen die Entmündigung des Klägers befürwortet. Nachdem das RG auf die schwere Verantwortung des Gutachters und auch die weitreichenden vermögensrechtlichen und persönlichen Folgen des Gutachtens hingewiesen hat, stellt es fest, daß in der Abgabe des Gutachtens ohne genügende Unterlagen ein fahrlässiges Verhalten und zugleich ein Verstoß gegen die guten Sitten liege.

Auch bei dieser Entscheidung fragt sich, worauf sich die Fahrlässigkeit bezog, da ja auch hier der Arzt die Kenntnis seiner mangelhaften Unterlagen besaß.

Nachdem aufgezeigt worden ist, daß auch in den Entscheidungen des RG sich die Formulierung nicht auf die Tatbestandsmerkmale des Sittenverstößes beziehen kann, da diese dem Schädiger jeweils bekannt waren, kann sich dies nur noch auf das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit der Handlung beziehen. Dieses Bewußtsein fehlt leichtfertig, grobfahrlässig oder aus Gewissenlosigkeit. Für diese Auslegung der Bedeutung des leichtfertigen, grobfahrlässigen (gewissenlosen) Verhaltens, als einem schweren Vorwurf der Unkenntnis der Sittenwidrigkeit des Handelns, kann die Entscheidung des RG v. 6.6.1934 in JW 34, 2136 angeführt werden. Danach liegt "kein Handeln wider die guten Sitten vor, solange die Beklagten sich

1) SA 93, Nr. 91, S. 245

in, wenn auch nicht unverschuldetem, so doch auch nicht gewissenlos verschuldetem, tatsächlichem Irrtum über die Erlaubtheit ihrer Handlungsweise befunden hat." ¹⁾

4. Ergebnis

Die Beantwortung der drei Fragen kann zusammengefaßt werden: Sachverständige, Berater und andere Personen, die in grober Weise gegen die Regeln ihres Berufes verstoßen, der in der Öffentlichkeit eine Vertrauensstellung innehat, haften nach § 826, sofern sie die Umstände aus denen sich der Regelverstoß ergibt kennen und ihnen infolge Leichtfertigkeit, grober Fahrlässigkeit oder Gewissenlosigkeit das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit ihres Verhaltens fehlt.

III. Sittenwidrigkeitszusammenhang?

Die Schadensersatzleistung richtet sich auch bei § 826 nach den §§ 249 ff. Da jedoch der gesamte Schaden vom Vorsatz umfaßt sein muß, tritt hier keine Enklave einer Verursachungshaftung auf. Desgleichen entfällt das Problem der Adäquanz, da keine haftungsausfüllende Kausalität festzustellen ist. Es bleibt die Frage, ob nicht der Schaden, d.h. da der Schaden vom Vorsatz umfaßt ist, der Normumfang durch einen dem Rechtswidrigkeitszusammenhang entsprechenden Sittenwidrigkeitszusammenhang einzuschränken ist. Diese Forderung stellt Wolf, um dadurch unmittelbar und mittelbar Geschädigte zu unterscheiden. ²⁾ Demnach müßte die Sittenwidrigkeit gerade auch gegenüber den Geschädigten vorgelegen haben. Esser bringt das Beispiel des sittenwidrigen Streiks, dessen Sittenwidrigkeit eben nur gegenüber dem Arbeitgeber, nicht aber gegenüber mitgeschädigten Dritten vorliegt. ³⁾ Für die oben II besprochenen Fälle eines Sittenverstoßes durch grobe Verletzung von Berufsregeln, liegt es nahe mit der Forderung nach dem Zusammenhang zwischen Sittenwidrigkeitsurteil und Schaden eine Begrenzung der Haftungsfälle vorzunehmen.

1. Eine naheliegende Forderung aus dem Funktionszusammenhang in der Wirtschaft

Bereits aus dem Funktionszusammenhang der Wirtschaft ergibt es sich, daß "sittenwidrige" Gutachten und Bilanzen nur unter Berücksichtigung ihres Benutzers gleich Geschädigten

1) RGZ JW 34, 2137 r. oben

2) Wolf, NJW 67, 709 ff

3) Esser II, § 107 III 2 c, S. 412

beurteilt werden können. Die Rechtsprechung stellt daher zu Recht auf den fachkundigen Benutzer ab, wobei die Fachkunde in diesen Fällen eben nicht angewandt worden war. ¹⁾

2. ... und aus dem Zweck der Bilanzen und Gutachten.

Prüfung anhand der Rechtsprechung

Gutachten und Bilanzen werden ferner für besondere Zwecke und bestimmte Personen ²⁾ erstellt. Daher sah sich der BGH veranlaßt seine Ausführungen ³⁾ in der Entscheidung vom 27.2.1962 wonach die Treuhandgesellschaft damit rechnen müsse, daß die Bilanz in die Hände von Lieferanten gelange in einer zweiten Entscheidung zum selben Sachverhalt einzuschränken. ⁴⁾ Die unterzeichnete Bilanz sei keine "Auskunft an alle die es angeht." ⁵⁾ Vielmehr müsse gefordert werden, daß die Bilanz von der Treuhandgesellschaft selbst ausghändig oder mit ihrem Willen an Dritte gelangt sei. ⁶⁾

In einer früheren Entscheidung war diese Frage vom Berufungsgericht ausdrücklich geprüft und Vorsatz gejaht worden. Der BGH hatte jedoch das bloße Wissen um die mögliche Weitergabe ausreichen lassen. ⁷⁾

Durch die Entscheidung des BGH, daß die Bilanz mit Willen der Treuhandgesellschaft an den geschädigten Dritten weitergegeben worden sein mußte, wird der Schutzzumfang des § 826 eingeschränkt oder mit Wolf der mittelbar Geschädigte vom Schadenersatz ausgeschlossen.

Dies ist zu begrüßen. Dafür noch ein weiteres Argument. Der BGH hatte in seiner Entscheidung vom 13.7.1956 und in der zur selben Sache ergangenen 2. Entscheidung vom 1.4.1958 ⁸⁾ den Sittenverstoß unter anderem darin gesehen, daß der Wirtschaftsprüfer die Angaben des Geschäftsführers der zu beurteilenden Firma zur Grundlage seines Gutachtens

1) BGH WM 70, 878; vgl. auch LG-Hamburg VersR 60, 89; zu diesen Entscheidungen oben II A 1 a, S. 96 f und 1 d, S. 98 f

2) Vgl. hierzu die Ausführungen des BGH im Urteil vom 13.7.1956 zur 3. Frage oben S. 101. Der Sittenverstoß entfielen, wenn der Beklagte geglaubt hätte, daß durch das erste Darlehen des P. die Firma H. saniert würde.

3) BGH WM 62, 579

4) Zu beiden Entscheidungen siehe oben II A 3 a, S. 103 ff

5) BGH WM 64, 1164 (2a)

6) BGH WM 64, 1164 (2b)

7) BGH WM 56, 1229 (1); sh. oben II A 2 a, S. 99 f

8) BGH WM 56, 1229 und BGH WM 58, 877; sh. oben II A 2 a, S. 99 f und B 2 b, S. 113

gemacht hatte. ¹⁾ Es ist jedoch, wie Maier ²⁾ und ihm folgend Neflin ³⁾ eingehend begründen, häufig der Fall, daß Informationen des Auftraggebers oder Dritter verwertet werden. Soweit es um "Privatgutachten" ⁴⁾ oder die Bilanz für die Steuer geht, bestehen dagegen auch keine Bedenken, da der Wirtschaftsprüfer in diesem Fall nur Gehilfe des Unternehmers ist. In dieser Funktion fehlt es aber an einer Vertrauensstellung in der Öffentlichkeit.

Die Bilanzen brauchen sich jedoch äußerlich nicht zu unterscheiden. Eine Einschränkung der sich daraus ergebenden weitgehenden Haftung ist nur möglich durch die Feststellung, ob die betreffende Handlung auch gegenüber dem Geschädigten sittenwidrig war. Diese Frage ist danach zu beantworten, ob auch dem Geschädigten gegenüber weitgehende Sorgfaltspflichten aus der Vertrauensstellung als Sachverständiger oder Berater bestanden. Dies ist nicht der Fall, wenn der Geschädigte eine Bilanz ohne Billigung des Wirtschaftsprüfers erhält, oder daraus Schlüsse für Zwecke zieht, die dem Wirtschaftsprüfer bei der Herstellung der Bilanz nicht bekannt waren.

3. Stellungnahme

Was für den Wirtschaftsprüfer und die Bilanz gesagt worden ist, gilt generell für alle Gutachten von Sachverständigen und Beratern. Sie lassen sich nur beurteilen, wenn Auftraggeber und Auftragszweck bekannt ist. Der Forderung von Wolf und Esser für § 826 einen Sittenwidrigkeitszusammenhang zu fordern, ist daher zuzustimmen. Es ist nur noch darauf hinzuweisen, daß dadurch nicht der Schadensumfang, wie beim Rechtswidrigkeitszusammenhang, sondern bereits der Tatbestand des § 826 eingeschränkt wird.

IV. Ergebnis

Es bleibt von der gestellten Aufgabe her die Frage, wie vom subjektiven Schuldbegriff aus gesehen, die Verschuldensanforderungen in § 826 zu beurteilen sind.

Eine gewisse Objektivierung findet nur beim Begriff der Sittenwidrigkeit statt. Daß das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht erforderlich ist, stellt keine Einschränkung dar, da auch Fahrlässigkeit einen subjektiven Schuldvorwurf möglich macht und dies wohl immer zu beja-

1) Zur Verwertung fremder Angaben vgl. auch die Entscheidungen zu Grundstücksschätzungen oben II A 1 a, S. 96 f

2) Maier, Betrieb, 56, 1150 (r.Sp. 2.Abs.)

3) Neflin, BB 57, 497 (III 3)

4) Vgl. BGH WM 66, 1148, oben II A 1 a, S. 96 f

hen sein wird. Da ferner der Vorsatz den gesamten Schaden umfassen muß, entfällt die Enklave der Verursachungshaftung beim Schadensumfang. Es bleibt die Möglichkeit, daß das Maß der Schuld und der Schaden auseinanderklaffen. Grundsätzlich jedoch kann gesagt werden, daß § 826 den Anforderungen des subjektiven Verschuldensbegriffes voll entspricht.

§ 13 DER EINFLUSS DER TATBESTANDSTYPEN AUF DIE ENKLAVE DER VERURSACHUNGSHAFTUNG BEIM UMFANG DER FOLGESCHÄDEN

Es ist zu prüfen, ob beim Erfolgstatbestand des § 823 Abs. 1 und beim Verhaltensnormtatbestand des § 823 Abs. 2 ein unterschiedlich großer Bereich von Schäden als Folgeschaden auftritt. In diesem Fall wäre der Umfang der Enklave, die beim Haftungsumfang festgestellt wurde, vom Tatbestand abhängig. Eine solche Abhängigkeit des Umfangs der Enklave kann sich aus der unterschiedlichen Anforderung an den Verschuldenszusammenhang ¹⁾ und als Folge der Anspruchsnorm-Konkurrenz ergeben.

Das Verschulden ist ein relativer Begriff, insofern als es sich auf die Verwirklichung des ganzen Tatbestandes beziehen muß. ²⁾ Durch den Tatbestand wird daher bereits eine Vor-entscheidung getroffen, in welchem Umfang Schäden als Folgeschäden auftreten. So bezieht sich das Verschulden beim Verhaltensnormtatbestand des § 823 Abs. 2 nur auf das Schutzgesetz, und bei § 839 nur auf die Amtspflichtverletzung, so daß nur der "Verstoß als solcher schuldhaft" ³⁾ sein muß, ⁴⁾ also bereits die Gefährdung und damit erst recht die Verletzung des Rechts bereits Folgeschaden ist, während beim Erfolgstatbestand sich das Verschulden auf den Verletzungserfolg beziehen muß. Daher muß nach der herrschenden Lehre ⁵⁾ der Umfang der Folgeschäden beim Verhaltensnormtatbestand von dem beim Erfolgstatbestand deutlich verschieden sein. Dies bedeutet jedoch nicht, daß der Umfang der Folgeschäden im einen oder anderen Tatbestand grundsätzlich größer wäre. Hier ist innerhalb der Tatbestandstypen selbst zu unterscheiden.

1. Fälle der Identität des Folgeschadens bei § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB

Der Umfang des Folgeschadens kann für Abs. 1 und Abs. 2 des § 823 identisch sein. Dies

1) "Der Verschuldensbegriff ist für die Anwendung des § 823 Abs. 2 ein anderer als für diejenige des § 823 Abs. 1 BGB. Er erfordert nur die Voraussehbarkeit, daß ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz eintreten könnte. Die Voraussehbarkeit des Erfolges (...) kommt hier nicht in Frage." RGZ 145, 107 (115/116)

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 62

3) Larenz II, § 72 II, S. 468

4) Vgl. Anm. 1 RGZ 145, 107 ff; Esser II, § 107 III 1 d, S. 409

5) Zu den abweichenden Auffassungen von Fikentscher, Stoll und Deutsch, sh. oben § 10 II 4 a und b), S. 76 ff

ist der Fall, wenn der Tatbestand des Schutzgesetzes die Verletzung eines absolut geschützten Rechtes auf gleiche Art verbietet, und daher der Verschuldens- und Rechtswidrigkeitszusammenhang für beide Tatbestände des § 823 gleich ist.¹⁾ Für die Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit bestehen im StGB sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeitstatbestände.²⁾ Für diese Rechtsgüter stimmen § 823 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 in Verbindung mit dem strafrechtlichen Schutzgesetz völlig überein. Nur für die vorsätzliche Rechtsgutverletzung ist dies hingegen bei der Freiheit³⁾ der Fall. In gleichem Umfang hinsichtlich vorsätzlicher Verletzung ist das Eigentum nur geschützt, soweit es sich um bewegliche und unbewegliche Sachen⁴⁾ und dinglichen Rechten⁵⁾ an beweglichen Sachen handelt.

Das Schutzgesetz hat hier kaum eine Bedeutung und zwar umso mehr als eine strafrechtliche Beurteilung für einen Schadensersatzanspruch weder erforderlich, noch für den Zivilrichter bindend ist. Das Strafverfahren oder dessen Möglichkeit kann für den Zivilrichter lediglich Anlaß sein, den Zivilprozess bis zur Erledigung des Strafverfahrens auszusetzen, § 149 ZPO.

Für die beiden Rahmenrechte im Tatbestand des § 823 Abs. 1 kann dies nicht gesagt werden. Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht und noch mehr beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb handelt es sich um Rechte, deren Umfang jeweils erst durch eine Güterabwägung bestimmt werden muß. Daher haben die Schutzgesetze als gesetzlich anerkannte Fälle der Rahmenrechte, sowohl Bedeutung bei Abwägung des Umfangs der Rahmenrechte, als auch für die Prozessführung als solche.

In BGH NJW 68, 2288 hatte das Berufungsgericht wegen der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht (§ 300 StGB) einen unbefugten Eingriff in das Persönlichkeitsrecht bejaht. Der Arzt hatte der Verkehrsbehörde auf deren Anfragen mitgeteilt, daß es wegen des krankhaften Zustandes der Klägerin nicht verantwortbar erscheine, diese ein Kraftfahrzeug führen zu lassen. Der BGH nahm eine Güterabwägung vor zwischen dem in § 300 StGB geschützten Rechtsgut des Vertrauensverhältnisses Arzt - Patient und dem Schutz des Verkehrs von Unfällen. Aufgrund dieser Abwägung verneinte der BGH die Rechtswidrigkeit der Mitteilung an die Verkehrsbehörde.

1) Esser II, § 107 III 1 d, S. 409

2) §§ 211 ff, 222 StGB (Leben); §§ 233 ff, 230 StGB (Körper und Gesundheit)

3) §§ 234 bis 239 StGB

4) §§ 303 bis 305 StGB; ferner für eine einzelne Begehungsweise §§ 306, 308 (vorsätzliche), § 309 StGB (fahrlässige) Brandstiftung

5) § 289 StGB, Pfandkehr

Die inhaltliche Bestimmung des Umfangs der Rahmenrechte, und damit der Rechtsverletzung, kann auch beim Schutzgesetz Schwierigkeiten bereiten. So wurde § 164 Abs. 5 StGB, leichtfertige falsche Anschuldigung im § 444 des E-StGB 1962 nicht mehr übernommen und vom 1. Strafrechtsreformgesetz vom 25.6.1969 (BGBl I, 645) für das geltende Recht aufgehoben. Der E-StGB 1962 begründet dies damit, daß der Wortlaut auch nicht strafwürdige Fälle einbeziehe und bereits für alltägliche Fälle schwierige Abgrenzungsfragen¹⁾ aufwerfe.²⁾

2. Fälle der Konkurrenz innerhalb des § 823 Abs. 1 BGB

Die Verletzung eines absolut geschützten Rechts kann die vom Verschulden nicht umfaßte Folge einer Verletzung eines anderen absolut geschützten Rechtsguts sein. Das folgt daraus, daß die Rechtsgüter teilweise in einem Zusammenhang verschiedener Intensitätsgrade stehen. So kann eine intensive Körperverletzung zum Tode führen.

In RGZ 66, 251 ff war der eine Vater zweier sich raufender Jungen vom Vater des anderen Jungen durch einen Schlag ins Gesicht mißhandelt worden. Der Betroffene fiel hin und starb am selben Tage. Der RG führt aus, daß ein Verschulden hinsichtlich des Todes weder im Sinne der Fahrlässigkeit bei erfolgsqualifizierten Delikten im Strafrecht, hier § 226 StGB, noch in einem zivilrechtlichen Sinne erforderlich sei.

Im oben besprochenen Fall³⁾ einer durch eine Falschmeldung ausgelösten Gallenentzündung mit Todesfolge⁴⁾ erscheint sowohl die Gesundheitsbeschädigung, als auch der Tod als Folge der Ehrverletzung. Zum Zeitpunkt der angeführten Entscheidung war die Ehre nur über § 824 oder über § 823 Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz geschützt. Nach heutiger Auffassung läge jedoch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, welches im Tatbestand des § 823 Abs. 1 als sonstiges Recht geschützt ist.

Bei diesen Fällen einer Konkurrenz innerhalb des § 823 Abs. 1 ist jedoch zu berücksichtigen, daß heute auch für § 823 Abs. 1 der Rechtswidrigkeitszusammenhang gefordert wird.⁵⁾

1) Vgl. BGH LM § 823 (Bl) Nr. 3. Der BGH prüft dort zunächst einmal die Grenzen des Tatbestandes des § 164 Abs. 5 StGB

2) § 444, S. 626/627, E-StGB 1962

3) oben § 10 II 4 b, S. 77

4) RGZ 148, 154 (166)

5) vgl. oben § 10 II 2, S. 73 ff

Er fehlt bei dem von Stoll angeführten Beispiel: ¹⁾ Der Beklagte lenkte ein Fuhrwerk durch ein Hoftor, das durch freistehende Steinpfeiler begrenzt war. Das Fuhrwerk streifte infolge der Fahrlässigkeit des Beklagten einen Pfeiler leicht. Da der Pfeiler einen nicht erkennbaren, durchgehenden Querriß gehabt hatte, stürzte er ein und verletzte eine dahinterstehende Person tödlich. Wenn nun die tödlich verletzte Person zugleich der Eigentümer des Hofes gewesen wäre, könnte der Tod als Folgeschaden der Eigentumsverletzung verstanden werden. Hier müßte jedoch der Rechtswidrigkeitszusammenhang verneint werden. Zu prüfen bleibt noch die Frage, ob das Leben selbst fahrlässig verletzt wurde. Dies ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig.

3. Qualifiziertes Verschulden beim Schutzgesetz als bei § 823 Abs. 1 BGB

Ebenfalls in einem Verhältnis verschiedener Intensität stehen grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dies führt dazu, daß, wenn für das Schutzgesetz ein qualifiziertes Verschulden ²⁾ verlangt wird, der zu ersetzende Folgeschaden beim Tatbestand des § 823 Abs. 1 größer ist als beim § 823 Abs. 2 in Verbindung mit dem Schutzgesetz. So z.B. für den Fall der fahrlässigen Falschmeldung mit nachfolgender Gallenentzündung und Tod (sh. oben unter 2.), da die Beleidigungsdelikte nur vorsätzlich verwirklicht werden können.

Diese Feststellung gilt grundsätzlich für alle Formen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Soweit allerdings um ein Persönlichkeitsrecht prozessiert wird, ist eine fahrlässige Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch ein Schutzgesetz, und zwar § 163 StGB (fahrlässiger Falscheid) denkbar. Insoweit wäre der Verschuldenszusammenhang wieder in beiden Tatbeständen des § 823 gleich.

Auch das Eigentum ist in den Schutzgesetzen grundsätzlich nur gegen vorsätzliche Verletzung geschützt. ³⁾ Damit ist auch hier der Bereich der zu ersetzenden Folgeschäden für § 823 Abs. 1 größer als für § 823 Abs. 2 in Verbindung mit der Schutznorm. Eine Ausnahme besteht für die Verletzung durch Brandstiftung, die auch als fahrlässige strafbar ist, § 309

1) Stoll, S. 29, nach einem Urteil des OLG Stuttgart in AcP 150, 446

2) Zur Frage, welcher Verschuldensbegriff maßgeblich sein soll, der straf- oder zivilrechtliche, sh. oben § 6, S. 32 ff, S. 34 ff

3) siehe oben, S. 122 Anm. 4

StGB. In diesem Fall ist der Verschuldenszusammenhang ebenfalls für beide Tatbestände des § 823 gleich.¹⁾

4. Schädigungsvorsatz beim Schutzgesetz

Der Bereich der Folgeschäden bei § 823 Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz kann auch, wie bei § 826, ganz entfallen. Dies ist bei allen Tatbeständen des Strafrechts der Fall, in denen der Vorsatz, mindestens in Form des bedingten Vorsatzes, auch auf den angeordneten Schaden beziehen muß. Dies ist bei Betrug (§ 263 StGB) und der Untreue (§ 266 StGB) der Fall, wo der Täter mit Schädigungsbewußtsein handeln muß und in der Regel auch bei Erpressung (§ 253 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB), da hier der Schaden grundsätzlich mit dem erstrebten verbrecherischen Erfolg untrennbar verbunden sein wird und daher direkter Vorsatz vorliegt.²⁾

5. Rechtswidrigkeitszusammenhang beim Schutzgesetz

Der verminderten Anforderung an den Verschuldenszusammenhang für den Tatbestand des § 823 Abs. 2 entspricht andererseits eine starke Einschränkung der Haftung für Folgeschäden durch das Erfordernis des Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Der BGH hat entschieden,³⁾ daß § 330 StGB (Verletzung von Regeln der Baukunst) nur den Schutz von Leben und Gesundheit bezwecke, nicht aber den Schutz des Bauherrn vor Vermögensschäden als Folge eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Baukunst. Dasselbe gilt für § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB (Abweichen von - oder Fehlen einer Baugenehmigung).

Nur dem Schutze von Rechten Dritter, die auf das Wasser und seine Beschaffenheit angewiesen sind, diene § 22 PrWassG.⁴⁾ Gleiches gilt heute für die Vorschriften des WHG und der Landeswassergesetze.⁵⁾

6. Schuldtheorie beim OWiG

Zu erwähnen ist schließlich noch, daß für alle Schutzgesetze, für die das Ordnungswidrigkeitengesetz gilt, grundsätzlich nur bei Vorsatz im Sinne der Schuldtheorie⁶⁾ gehaftet wird, § 5 in Verbindung mit § 6 Abs. 3 OWiG.

1) vgl. BGH LM, Waldschutz, VO Nr. 1

2) siehe oben § 5, S. 24

3) BGHZ 39, 336 = VersR 63, 933; BGH VersR 65, 245

4) BGHZ 46, 17 ff

5) OLG München NJW 67, 570

6) sh. zur Schuldtheorie, oben § 6, S. 30 ff

§ 14 DIE PROPORTIONALITÄT VON SCHULD UND HAFTUNG

Die Forderung nach der Proportionalität von Schuld und Haftung wurde insbesondere von O. von Gierke erhoben.¹⁾ In stark abgeschwächter Form liegt der Gedanke der Proportionalität auch der vom Referentenentwurf vorgeschlagenen Reduktionsklausel zugrunde.²⁾ Es ist nun darzustellen, inwieweit diesem Gedanken im System der unerlaubten Handlung Rechnung getragen wird.

I. Ihre Ablehnung im System des Rechts der unerlaubten Handlung

Der Gedanke der Proportionalität ist in drei Grundentscheidungen des Systems der unerlaubten Handlung nicht berücksichtigt worden. Erstens ist der Umfang der Haftung unabhängig davon, ob die unerlaubte Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Auf den Schuldgrad kommt es also nicht an. Zweitens ist mit Ausnahme des § 826 ein Verschulden nur für den haftungsbegründenden Tatbestand erforderlich. Für den Folgeschaden also, wird ohne jedes diesbezügliche Verschulden gehaftet.³⁾ Drittens schließlich wird kein Unterschied zwischen den einzelnen Tatbeiträgen von Mittätern, Gehilfen und Anstiftern, § 830 Abs. 1 und 2, und bei Nebentäterschaft⁴⁾ gemacht. Dazu gehört auch die gesetzliche Vermutung des § 830 Abs. 1 Satz 2 für den Fall, daß nur alternative Kausalität festgestellt werden kann. In diesem Fall haften die Beteiligten als Gesamtschuldner. Die Rechtsprechung hat diese Vorschrift auch auf den Fall ausgedehnt, daß zwar ein Erstschädiger feststeht, aber möglicherweise ein Zweitschädiger gegeben ist.⁵⁾

Diese drei Grundentscheidungen, in denen der Gedanke der Proportionalität nicht berücksichtigt wird, stellen eine umfassende Durchbrechung dar, so daß gesagt werden kann, daß dieser Gedanke von § 847 abgesehen, für das System der unerlaubten Handlung keine Bedeutung erlangt hat.

II. Ihre Bedeutung in der Genugtuungsfunktion des § 847 BGB

Seit der Entscheidung des Großen Senats vom 6.7.1955 ist anerkannt, daß der Anspruch auf Schmerzensgeld, § 847, eine doppelte Funktion hat. "Er soll dem Geschädigten einen

1) v. Gierke, S. 198, 266

2) Referentenentwurf I, § 255 a

3) sh. oben § 10 II 4, S. 76 und Anm. 1, S. 76

4) BGH LM § 840, BGB Nr. 7 a

5) BGH NJW 71, 507 ff; BGH 33, 286 ff; dagegen Köndgen, NJW 71, 871 in einer Anm. zur erstgenannten Entscheidung m.w.N.

angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind, und zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, daß der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung schuldet für das, was er ihm angetan hat." ¹⁾ Dabei steht der Entschädigungs- oder Ausgleichsgedanke im Vordergrund. ²⁾ "Die Genugtuungsfunktion bringt eine gewisse durch den Schadensfall hervorgerufene persönliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigten zum Ausdruck." ³⁾ In dieser persönlichen Beziehung ist der Verschuldensgrad der bedeutendste Umstand. Unter Verschulden ist dabei das subjektive und nicht das objektive Verschulden des BGB zu verstehen. ⁴⁾ Es sind jedoch auch bei der Genugtuungsfunktion die sonstigen Umstände, wie Gefälligkeitshandlung, Nothilfeleistung, Verletzung im Beruf oder in der Freizeit usw. zu berücksichtigen. Bei einer Gefälligkeitshandlung unter Freunden entfällt daher die Genugtuungsfunktion des § 847 in der Regel ganz. ⁵⁾ Diese Berücksichtigung der einzelnen Umstände und Funktionen für die Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs darf jedoch nicht zu einer Aufspaltung des Anspruchs führen. Es liegt ein einheitlicher Anspruch vor. ⁶⁾

In der Berücksichtigung des Verschuldensgrades liegt eine Anerkennung des Gedankens der Proportionalität. Sie zeigt aber auch gleichzeitig, daß dieser Gedanke dem System der unerlaubten Handlung im Grunde fremd ist. Nach der Formulierung des BGH schwingt auch heute noch etwas vom Charakter der Buße mit. ⁷⁾ Nach Esser ist ein "gewisses poenales Element nicht zu leugnen." ⁸⁾ Jedoch kann auf diese Möglichkeit, einen Geldanspruch als Genugtuung nach § 847 zuzusprechen, für alle jene Fälle nicht verzichtet werden, bei denen nach Deutsch "Schaden und Verletzung kurzgeschlossen" ist. ⁹⁾ Das gilt insbesondere für seelische Schäden und die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. ¹⁰⁾

1) BGHZ (GS) 18, 149

2) BGHZ (GS) 18, 149 (154); bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts rückt jedoch die Genugtuungsfunktion in den Vordergrund, vgl. BGHZ 35, 363 (Ginseng Wurzel)

3) BGHZ (GS) 18, 149 (157)

4) Deutsch, JZ 71, 548; ders., Fahrlässigkeit, S. 338 ff;

5) BGH VersR 66, 593

6) BGH VersR 61, 164; Esser II, § 113 I 3 b, S. 465; Larenz II, § 75 III, S. 520, Deutsch, JuS 69, 201 (vor III)

7) BGHZ (GS) 18, 149 (155)

8) Esser II, § 113 I 3 a, S. 464; es ist daher konsequent, wenn das OLG Celle in JZ 71, 548 die Anrechnung einer Gefängnisstrafe auf die Genugtuungsfunktion vornimmt.

9) Deutsch, JuS 69, 200 1.Sp.

10) vgl. dazu die bei Deutsch, JuS 69, 202 ff. angeführten Beispiele

§ 847 erweist sich nach der Auslegung durch die neuere Rechtsprechung somit als eine Enklave des subjektiven Verschuldensbegriffs im System der unerlaubten Handlung, da hier für die Genugtuungsfunktion sowohl subjektives Verschulden, als auch Proportionalität von Schuld und Haftung, allerdings eingebettet in einen einheitlichen Anspruch, gefordert wird.

§ 15 DER EINFLUSS VON VERHALTENSREGELN UND VERHALTENS- NORMEN AUF DIE HAFTUNG NACH § 823 ABS. 1 BGB

I. § 823 Abs. 1 BGB und die verhaltensbezogene Unrechtslehre

Der Erfolgstatbestand des § 823 Abs. 1 ist hinsichtlich der darin erwähnten absoluten Rechtsgüter ein geschlossener Tatbestand, d.h. eine Verletzung des Rechtsguts indiziert die Rechtswidrigkeit. Durch die Aufnahme des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den Tatbestand des § 823 Abs. 1, wurde dieser insoweit auch ein offener Tatbestand, da hier die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung ausdrücklich festgestellt werden muß.

Diese Unterscheidung zwischen geschlossenem und offenem Tatbestand wird vom Standpunkt der verhaltensbezogenen Unrechtslehre her angegriffen.¹⁾ Danach ist jede unerlaubte Handlung, durch einen schuldhaften Verstoß gegen eine allgemeine normative Verhaltensvorschrift charakterisiert²⁾ oder dadurch, daß die zur Vermeidung des Verletzungserfolges generell geforderte Sorgfalt nicht eingehalten wurde.³⁾ "Da das Gesetz nichts unmögliches verlangen will, muß es dahin ausgelegt werden", so Münzburger, "daß es von vornherein nur zu beherrschbarem Verhalten verpflichtet." ⁴⁾ Daher ist für Nipperdey "jedes allen normativen Verhaltensanforderungen gerecht werdende (= sozialadäquate) Tun oder Unterlassen entsprechend der allgemeinen Freiheitsvermutung erlaubt" und kann "nicht gleichzeitig zum Anknüpfungspunkt des Rechtswidrigkeitsurteils gemacht werden." ⁵⁾

Nach dieser Lehre bedarf es daher für § 823 Abs. 1 immer der positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit. Diese Auffassung übersieht, daß die Aufstellung von Verhaltensnormen und Verhaltensregeln vom Schutz gewisser Rechtsgüter ausgeht und ihre Endgültigkeit damit vom Rechtsgut aus zu bestimmen ist. Für die in § 823 Abs. 1 genannten Rechtsgüter anerkennt dies Nipperdey selbst, wenn er die Feststellung trifft, daß "im Rechtsbewußtsein der Bürger feststeht, daß die Rechtsordnung grundsätzlich Verhaltensweisen mißbilligt, die Leben, Gesundheit, Körper, Freiheit, Ehre und Eigentum eines anderen verletzen können", ⁶⁾ und

1) Nipperdey, NJW 67, 1989 (Ziff. 2); Münzburger, S. 67 ff

2) Nipperdey, NJW 67, 1991; Münzburger, S. 439 Ziff. 7

3) von Caemmerer, Festschrift, JT, S. 76; Wiethölter, Rechtfertigungsgrund, S. 17 Anm. 41

4) Münzburger, S. 439 Ziff. 7 b

5) Nipperdey, NJW 67, 1991 r.Sp.

6) Nipperdey, NJW 67, 1991 r.Sp.

in diesem Zusammenhang auf § 1 StVO verweist. Wenn aber die Verhaltensnormen hinsichtlich der absolut geschützten Rechtsgüter als Generalklauseln erscheinen, ¹⁾ dann ist systematisch richtiger ²⁾ von einer Indizierung der Rechtswidrigkeit zu sprechen, ³⁾ um damit anzuerkennen, daß die Verhaltensregeln und Verhaltensnormen hinsichtlich dieser Rechtsgüter vom Schutzzweck her in "einzelne, eigentliche Verhaltensbestimmungen" ⁴⁾ zu konkretisieren ⁵⁾ sind. ⁶⁾

II. Festlegung der Verhaltensanforderungen?

Diese Kritik an der herrschenden Lehre rechtfertigt jedoch die Frage, ob die verhaltensbezogene Unrechtslehre nicht dazu führt, die Anforderungen an das Verhalten auch für § 823 Abs. 1 auf das Maß der Verhaltensregeln und Verhaltensnormen festzulegen. Dieses Verhältnis der Verhaltensregeln und Verhaltensnormen zur Sorgfaltsanforderung beim Tatbestand des § 823 Abs. 1 hat Deutsch eingehend untersucht. ⁷⁾

1. Auf das Maß der Verhaltensregeln?

Bei den Anforderungen an die Verhaltensregeln, wird auch von der verhaltensbezogenen Unrechtslehre nicht das Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt zugrundegelegt, sondern

- 1) ähnlich Esser, der das generelle Gebot des *neminem laedere* positiviert und eingeschränkt "es geht nicht mehr dahin, einen anderen überhaupt nicht zu verletzen bzw. zu schädigen sondern nur dahin, sein Verhalten nach den jeweiligen Umständen so auszurichten, daß bestimmte fremde Rechte und Rechtsgüter nicht verletzt werden." Esser II, § 107, S. 396
- 2) "Diese Generalklauseln sind aber nur noch ein seinem übertragenen Sinne Vorschriften eines bestimmten Verhaltens." Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 166
- 3) So Larenz, der die Kritik der verhaltensbezogenen Unrechtslehre nur insoweit anerkennt, als nicht mehr jede adäquat kausal erfolgte Beeinträchtigung der Rechtsgüter der § 823 Abs. 1 als rechtswidrig bezeichnet werden könne, sondern nur noch die "unmittelbare", die noch "im Rahmen des Handlungsablaufs" oder "Vollzugs" der Handlung liegende Beeinträchtigung. Larenz II, § 72 I c, S. 463/64
- 4) Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 166
- 5) vgl. Fikentscher, § 27 II 2 b, S. 111, der die Konkretisierung als "juristischen Grundvorgang" ansieht.
- 6) Die Institution des absoluten subjektiven Rechts erzwingt "für das Privatrecht grundsätzlich die Anerkennung - mittelbarer Normen - (Beling)", nach denen ein Verhalten als rechtswidrig erscheint, "weil es zu einer Gefährdung oder Verletzung des Rechts oder Rechtsguts geführt hat," Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 223. So auch Raiser, JZ 61, 466; im Ergebnis auch Fikentscher, § 97 III 2 b, S. 556, er jedoch eine "Höherwertigkeit" der subjektiven Rechte ablehnt und ihnen nur "funktionalen Charakter" zugesteht.
- 7) Deutsch, *Fahrlässigkeit*, § 9, S. 157-178

eine typisierte Sorgfalt. ¹⁾ So deutlich bei Nipperdey, für den sich die Begriffe "sozial-
adäquates oder verkehrsrichtiges Verhalten mit dem Begriff der im Verkehr erforderlichen
Sorgfalt decken." ²⁾ Diese Nivellierung der Sorgfaltsanforderungen führt zu der Frage, wie
zu verfahren ist, wenn jemand höheren Anforderungen gewachsen ist, als sie typisiert ge-
fordert werden.

Hält man an den typisierten Anforderungen an das Verhalten, also am Rechtmäßigkeitsurteil
fest, so ergibt sich eine Enklave der Haftungsfreiheit trotz möglicher Verschuldenszurech-
nung. ³⁾ Gibt man aber die typisierten Anforderungen an das Verhalten in diesem Fall auf,
stellt sich die Frage, woher der neue Verhaltensmaßstab gerechtfertigt werden soll. Bei ge-
nauer Betrachtung wird dies immer der mißbilligste Erfolg oder das erstrebte Ziel sein, so
daß insoweit wieder vom Erfolgsunrecht ausgegangen wird.

Anderer Auffassung ist allerdings Münzberg, für den der generelle Maßstab nur die Voraus-
setzungen der Sorgfaltspflicht betrifft und nicht bereits eine abstrakte Verhaltensmaßregel
darstellt. Zu dieser generellen Voraussetzung der Sorgfaltspflicht gehöre aber, daß der Täter
zumindest diejenigen Kenntnisse einsetze, die er tatsächlich habe. ⁴⁾ Damit stimmt Münz-
berg im Ergebnis mit der herrschenden Lehre überein.

2. Auf das Maß der Verhaltensnorm?

Da es eine große Zahl von gesetzlich normierten Anforderungen an das Verhalten gibt, die
Verhaltensnormen in den Schutzgesetzen, stellt sich die Frage nach deren Verhältnis zum
Tatbestand des § 823 Abs. 1 für den Fall, daß jemand höheren Anforderungen gewachsen
ist.

In diesem Zusammenhang stellt Deutsch die Frage, ob die Grenzen "der über das Gebot un-
gefährlichen Verhaltens hinaus zugelassenen Gefährdung" ⁵⁾ von den Verhaltensnormen fest-
gelegt werden. Diese Frage ist identisch mit der Frage nach dem Konkurrenzverhältnis von
§ 823 Abs. 1 und den Verhaltensnormen in Verbindung mit § 823 Abs. 2. Falls die Frage
bejaht wird, müssen die Normen bzw. die betreffenden Normen als abschließende Sonder-

1) "Die ideale 'individuelle' Bemessung des Könnens muß mit Rücksicht auf das Postulat der
Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit, der 'generellen' weichen ...", Münzberg, S. 439
Ziff. 7 b

2) Nipperdey, NJW 57, 1779 (IV)

3) Zu diesem Ergebnis führt Nipperdeys Auffassung, sh. dazu oben § 8, S. 46 ff

4) Münzberg, S. 231 Anm. 460

5) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 167

regelung zu § 823 Abs. 1 angesehen werden können oder muß § 823 Abs. 1 eine subsidiäre Vorschrift sein.

a) Liegt Subsidiarität des § 823 Abs. 1 BGB vor?

Daß § 823 Abs. eine subsidiäre Vorschrift wäre, kann nicht angenommen werden. Das folgt aus dem Vorrang der absolut geschützten Rechtsgüter und ihrer Bedeutung für das Zivilrecht. Bejahendenfalls müßte auch angenommen werden, daß § 823 Abs. 1 nur dann gilt, wenn kein Schutz über § 823 Abs. 2 möglich ist. Dies widerspricht aber der Systematik des Deliktschutzes im Zivilrecht. ¹⁾

b) Liegt Spezialität der Verhaltensnorm vor?

Es bleibt die Frage nach der Sonderregelung. Die oben von Deutsch gestellte Frage ändert sich bei einer verpflichtenden Norm dahin, ob ein anderes, aber im Hinblick auf die absolut geschützten Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 sachgemäßeres Verhalten, als es die verpflichtende Norm vorschreibt und bei einer zulassenden Norm, ob ein anderes, aber im Hinblick auf die absolut geschützten Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 gefahrbedachteres Verhalten nicht verlangt werden kann. ²⁾ Die Fragen sind zu verneinen. Das Verhältnis der Spezialität der Verhaltensnormen zum Tatbestand des § 823 Abs. 1 ist grundsätzlich abzulehnen. Zwischen den Tatbeständen des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 liegt Anspruchsnormenkonkurrenz vor. Die beiden Tatbestände stehen gleichwertig nebeneinander und bilden jeder für sich allein einen hinreichenden Haftungsgrund. ³⁾ Dies folgt aus dem Vorrang der absolut geschützten Rechte des § 823 Abs. 1 im Zivilrecht und im Verfassungsrecht und aus der Möglichkeit, daß die Verhaltensnormen abwegig, nicht ausreichend, gefahrenerhöhend oder im Hinblick auf die Gefahr unerheblich sind. ⁴⁾

c) Der Sonderfall des notwendig korrespondierenden Verhaltens

Soweit letzteres begrifflich ausgeschlossen ist, könnte zwar eine Sonderregelung bejaht werden, in diesem Fall wäre aber das Höchstmaß objektiv erforderlicher Sorgfalt identisch mit den Anforderungen der Verhaltensnorm. Dies ist der Fall im Beispiel von Welzel. ⁵⁾ Die

1) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 291, für das Beispiel der StVO

2) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 168

3) Larenz II, § 75 VI, S. 524; Esser II, § 112 V 1, S. 458

4) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 295

5) Welzel, Strafrecht, § 18, S. 128

Der Große Senat scheint für das Verkehrsrecht ebenfalls das Vorliegen einer Sonderregelung anzunehmen, wenn er "bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßigem) Verhalten eines Teilnehmers am Straßen- oder Eisenbahnverkehr" ¹⁾ das Vorliegen einer rechtswidrigen Schädigung verneint. Der Große Senat begründet diese Auffassung wie folgt:

"Der Gesetzgeber wurde vor die Notwendigkeit gestellt, durch immer mehr ins einzelne gehende Rechtsvorschriften (Verkehrs- und Betriebsordnungen) die Pflichten der Verkehrsteilnehmer so zu regeln, daß die Gefahrenmöglichkeiten auf ein möglichst geringes Maß herabgesetzt wurden. Gleichzeitig wurden die Gesetzesbestimmungen über die Gefährdungshaftung ausgebaut, um die aus dem modernen Verkehr zwangsläufig sich ergebenden Gefahren und Risiken in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung sozial angemessen zu verteilen. Dabei wurde in zunehmendem Maße erkannt, daß es sich hierbei nicht um eine Haftung für Unrecht handelt, sondern um eine den Beherrscher eines Gefahrenbereichs treffende Pflicht, für gewisse typische Gefährdungsfolgen seines Betriebes einzustehen (Esser, JZ 53, 129). Mit dieser Rechtsentwicklung ist eine Auffassung nicht mehr vereinbar, die im Deliktsrecht auch die unvermeidbaren Schädigungen des Straßen- und Eisenbahnverkehrs als rechtswidrige Körper- oder Eigentumsverletzungen ansieht und nur unter dem Gesichtspunkt fehlender Schuld die Schadenshaftung verneint." ²⁾

Fraglich ist zunächst, was der BGH unter dem Begriff "unvermeidbar" versteht. Bezieht sich dieser auf die Gefährdungshaftung, dann ist er klar definiert und ist die Verneinung der Rechtswidrigkeit angebracht. Für diese Auslegung ist allerdings der Bezug des BGH auf alle Verkehrsvorschriften zu umfassend. Bezieht man daher den Begriff "unvermeidbar" auf das verkehrsrichtige Verhalten, dann bedeutet er die Verneinung der oben gestellten beiden Fragen zur verpflichtenden und zulassenden Norm. Ein sachgemäßeres bzw. gefahrbedachteres Verhalten wird nicht gefordert.

Dies entspricht nicht der Rechtswirklichkeit. Wenn ein Verkehrsteilnehmer nachts einen unbeleuchteten Handwagen von 70 cm Breite auf der Straße zog, so war dies nach § 24 Abs. 4 a.F. StVO ³⁾ "verkehrsrichtig" (ordnungsgemäß). Der BGH hat daher ein Mitverschulden des getöteten Fußgängers abgelehnt. ⁴⁾ Trotzdem waren Auffahrunfälle vermeidbar und wurden auch vor Änderung des § 24 Abs. 4 a.F. StVO von besonnenen Verkehrsteilnehmern

1) BGHZ (GS) 24, 21 (26)

2) BGHZ (GS) 24, 21 (26)

3) § 24 Abs. 4 v. 13.11.37, RGBI 1179 (1186); geändert mit Gesetz vom 24.8.53, BGBl I 1131 (1146) heute § 17 Abs. 5 StVO v. 16.11.70, BGBl I 1565

4) BGHZ 9, 53 (54)

vermieden. ¹⁾ Der BGH hat nach der eben angeführten Entscheidung vom 11.2.1953 (BGH 9, 53 ff) zu § 24 Abs. 4 a.F. StVO in seiner Entscheidung vom 3.2.1954 nochmals Stellung genommen und die Regelung der Beleuchtungspflicht für Handwagen als "erschöpfend" angesehen. ²⁾ Er hat damit für die Konkurrenzlehre die Konsequenz aus der Annahme eines rechtmäßigen Verhaltens gezogen und die oben für zulassende Normen gestellte Frage verneint. Ein gefahrbedachteres Verhalten wurde nicht verlangt. Anders die Entscheidung vom 3.12.1952 ³⁾ betreffend die Verordnung zum Schutz der Wälder, Moore und Heiden gegen Brände, ⁴⁾ die als umfassende Regelung mit der StVO vergleichbar ist. ⁵⁾ Nach § 2 der Verordnung ist es verboten in gefährlicher Nähe des Waldes usw. Feuer anzuzünden. In § 3 Abs. 5 wird der Begriff gefährliche Nähe dahin definiert, daß eine Entfernung von 100 m oder weniger als gefährlich gilt. Während der BGH die Definition für die Übertretungstatbestände der Verordnung anerkennt, fordert er darüber hinausgehend die Prüfung der konkreten Gefährdungsmöglichkeit beim Abbrennen des Unkrauthauens außerhalb der 100 m Grenze. In diesem Fall verlangt also der BGH ein über die zulassende Norm hinausgehendes Verhalten. ⁶⁾

Dasselbe wie für § 24 Abs. 4 a.F. StVO gilt für das Gebot an Fußgänger außerhalb geschlossener Ortschaften links zu gehen, das in der 1. Fassung der StVO nicht enthalten war. ⁷⁾ Soweit früher Fußgänger rechts gingen und es nachts oder bei schlechten Sichtverhältnissen zu Auffahrunfällen kam, waren diese vermeidbar und wurden auch von vielen Verkehrsteilnehmern durch die Praxis, links zu gehen, vermieden.

Ein weiteres Beispiel ist die Regelung der Beleuchtungspflicht haltender oder liegengebliebener Fahrzeuge durch Warnlampen oder Fackeln in § 23 Abs. 2 StVO a.F., ⁸⁾ die insoweit unsachgemäß war, als Fackeln zugelassen waren. Auch diese unsachgemäße Norm wurde vom Gesetzgeber korrigiert, §§ 15, 17 StVO n.F. ⁹⁾ Die Verwendung von Fackeln, also offenem Feuer, war im, der Entscheidung des BGH vom 20.6.69 zugrundeliegenden Fall, die Ursache dafür gewesen, daß ein schleudernder Tanklastzug in Brand geriet. Trotz-

1) Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 167/168

2) BGH LM, § 24 StVO Nr. 4

3) BGH LM, *Waldschutz VO*, Nr. 1

4) VO v. 25.6.38, RGBI I, 700

5) Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 169

6) Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 169

7) § 37 StVO v. 13.11.37, RGBI I, 1179 (1188) enthalten in § 37 Abs. 1 StVO v. 29.3.56 BGBl I, 327 (336) und heute in § 25 Abs. 1 StVO v. 16.11.70, BGBl I, 1565

8) StVO v. 13.11.37, BGBl I, 1179

9) StVO v. 16.11.70, BGBl I, 1565; bereits ab 1.7.69 mußten alle Fahrzeuge Warnleuchten mit sich führen, §§ 53a Abs. 1 StVZO i.V. § 72 Abs. 2 zu 53 a StVZO

dem lehnte es der BGH unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung ab, die Fackeln als Gefahrenquelle anzusehen und verneinte die adäquate Ursächlichkeit der Fackeln für den Brand. ¹⁾

Die Auffassung des BGH, daß Schädigungen, die trotz Beachtung der jeweils geltenden Verkehrsvorschriften eintraten, unvermeidbar waren, entspricht also, wie die Beispiele zeigen, nicht der Rechtswirklichkeit.

Auch der Hinweis des BGH auf die Gefährdungshaftung ist zu allgemein. Weder die Fußgänger, die nachts einen unbeleuchteten Handwagen mit sich führten, noch jene, welche vor Erlass des Gebots, außerhalb geschlossener Ortschaften links zu gehen, rechts gingen, unterlagen einer Gefährdungshaftung. Das gilt auch generell für die Teilnahme von Kindern am Straßenverkehr und für Radfahrer. In allen diesen Fällen gefährden aber diese Personen nicht nur sich selbst, sondern auch Eigentum, Gesundheit und Leben der einer Gefährdungshaftung unterliegenden motorisierten Verkehrsteilnehmer. ²⁾

Aus der Entscheidung des Großen Senats kann daher kein Argument gewonnen werden, die Verkehrsvorschriften oder gar Verhaltensnormen generell als Sonderregelung zu § 823 Abs. 1 anzuerkennen. ³⁾ Dies gilt umsomehr, als die vorgelegte Frage nicht ausdrücklich das Konkurrenzverhältnis des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit den Verkehrsvorschriften betraf, sondern u. a. die Frage, ob die Widerrechtlichkeit bereits durch den Verletzungserfolg indiziert wird.

4. Kritische Würdigung der Rechtsprechung

Wie die angeführten Beispiele zur Frage der Konkurrenz zeigen, neigt der BGH jedoch dazu im Verkehrsrecht von Sonderregelungen auszugehen. Im Ergebnis vermindert der BGH damit die Anforderungen an den Verschuldenszusammenhang für § 823 Abs. 1 auf die des § 823 Abs. 2. Darin kann ein Einfluß der verhaltensbezogenen Unrechtslehre gesehen werden. Es wird kein gefahrbedachteres und kein sachgemäßeres Verhalten gefordert. Dagegen bestehen bereits im Hinblick auf ein Sonderwissen des Täters Bedenken. Sie erhöhen sich noch dadurch, daß eine Norm unsachgemäß sein oder geworden sein kann, wie dies für die Beispiele der Beleuchtung der Handwagen, des Rechts-gehen-dürfen für Fußgänger und der Fackeln

1) BGH VersR 69, 895 (896 r. Sp. u.)

2) vgl. dazu BGHZ 38, 270, Unfallvermeidung als Geschäftsführung ohne Auftrag

3) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 292 ff

der Fall war. Auch haben die Verhaltensnormen verschiedene Intensitätsgrade, z.B. Normen zur Vermeidung einer Gefahr und solche zur Verminderung einer einmal (gleichgültig wie) eingetretenen Gefahr. Letztere können einer Norm zur Vermeidung der Gefahr nie als Sonderregelung vorgehen. Dies übersah der BGH in der angeführten Entscheidung vom 20.6.1969. Der Tanklastzug war ins Schleudern geraten, weil er infolge eines vorangegangenen Unfalls eines LKW bremsen mußte. Der BGH verneint eine Haftung des LKW-Fahrers, da dieser das Verkehrshindernis mit Fackeln gem. § 23 Abs. 2 StVO a.F. ordnungsgemäß gekennzeichnet hatte,¹⁾ obwohl damit die Gefährlichkeit des liegengebliebenen LKW nur gemindert, nicht aber völlig entschärft und auf die Null-Lage gebracht wurde.²⁾

Diese Rechtsprechung führt zu einer Enklave der Haftungsfreiheit. Diese könnte nur vermieden werden, wenn die Einhaltung einer Verhaltensnorm nur als Beweisanzeichen für ein fehlendes Verschulden beim Tatbestand des § 823 Abs. 1 angesehen würde.³⁾ Im Ergebnis würde die Rechtsprechung dann die Sachgemäßheit der Verhaltensnorm prüfen, da der Fall eines Sonderwissens nur sehr selten vorkommt und daher, falls eine Haftung nach § 823 Abs. 2 verneint wurde, eine Haftung nach § 823 Abs. 1 nur im Fall einer nicht sachgemäßen Norm vorkommen wird. Eine solche Prüfung oder besser Relativierung der Bedeutung einer Verhaltensnorm über die Anspruchsnormenkonkurrenz zwischen § 823 Abs. 1 und Abs. 2 ist, wie die Beispiele zeigten und auch im Hinblick auf die steigende Zahl der Verhaltensnormen, wünschenswert.⁴⁾

1) BGH VersR 69, 895 ff

2) Eike Schmidt, VersR 70, 395 (398 1.Sp.) in einer Anm. zu der BGH Entscheidung VersR 69, 895 ff

3) In diesem Sinne der BGH in LM BGB § 823 (Bf) Nr. 10 (StVO) und (E) Nr. 5 (Unfallverhütungsvorschrift der Berufsgenossenschaft); Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 158 m.w.N. in Anm. 2, 3 und 4

4) Deutsch spricht in diesem Zusammenhang von der Ordnungsaufgabe des § 823 Abs. 1, Fahrlässigkeit, S. 169. Für Reimer Schmidt in Soergel-Siebert, § 276 Anm. 20 sind die verkehrsrechtlichen Ordnungsregeln nur "Wegweiser zu dem Ziel, daß durch die eigene Teilnahme am Verkehr der andere nicht geschädigt werde."

§ 16 ZUSAMMENFASSUNG UND STELLUNGNAHME

Welche Bedeutung die subjektive Schuld im System der unerlaubten Handlung im Sinne des Umfangs ihrer Berücksichtigung hat, wurde nun dargestellt. Eine Quantifizierung der Berücksichtigung ist nicht möglich. Jedoch kann gesagt werden, daß die durch den typisierten Fahrlässigkeitsbegriff, den Anscheinsbeweis und die Verschuldensvermutungen in den §§ 831 ff und durch das System der unerlaubten Handlung bedingten Enklaven einer Verursachungshaftung beträchtlich sind. Es bleibt die Frage nach der Bedeutung des objektiven Verschuldensbegriffes in dem Sinne, ob dieser Begriff mit einem weiteren oder tieferen Begriff der Schuld vereinbar ist.

1. Kann das Postulat der aktuell gegebenen Willensfreiheit aufgegeben und der Verschuldenszusammenhang auf die Verletzung einer allgemeinen sittlichen Pflicht bezogen werden?

In § 2 war auf das aktuelle Zeitmoment im subjektiven Schuldbegriff hingewiesen und waren die sich daraus ergebenden Widersprüche für die Willensfreiheit dargestellt worden.¹⁾ Das Strafrecht muß de lege lata auf dieser aktuell gegebenen Willensfreiheit bestehen. Krasse Widersprüche können mit den Maßregeln der Sicherung und Besserung ausgeglichen werden, §§ 42 a ff StGB. Es ist jedoch mehr als fraglich, ob das Zivilrecht auf dieser Fiktion einer stets aktuell gegebenen Willensfreiheit bestehen muß. Im Gegensatz zum Strafrecht sieht das Zivilrecht nicht den isolierten, einzelnen Täter und dessen einzelne Tat, sondern es regelt das Zusammenleben aller Bürger mit dem Anspruch auf dauernde Gültigkeit dieser Regelungen. Dem entspräche es, die Willensfreiheit nicht mehr betont aktuell zu verstehen, sondern als Freiheit, die geforderten Verhaltensweisen zu entwickeln, zu erwerben und zu erhalten. Wenn die Willensfreiheit so verstanden wird, entfällt der Verschuldenszusammenhang mit der konkret verletzten Pflicht, da diese zum Zeitpunkt des möglichen Erwerbs der Fähigkeit zumindest konkret nicht voraussehbar war. An ihre Stelle tritt die Verletzung der Verpflichtung zum Erwerb und zur Erhaltung jener Fähigkeiten, die von der Rechtsordnung gefordert werden. Besser ist es jedoch, ihren sittlichen Charakter zu sehen und einzugestehen. Ob ihre Begründung aus dem Naturrecht, wie durch Kaufmann²⁾ oder aus der

1) sh. oben § 2,3., S. 5 ff

2) sh. oben § 2,4 b, S. 11 ff

sachlogischen Struktur der Willensfreiheit, wie durch Welzel ¹⁾ erfolgt, ist für die Frage der rechtlichen Anerkennung einer solchen sittlichen Pflicht nicht wesentlich. Wesentlich ist vielmehr, ob ein solcher Bezug auf einen vorrechtlichen, sittlichen Verschuldensbegriff für das Zivilrecht möglich ist. Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen, wie der keineswegs seltene Bezug auf das Sittengesetz zeigt, vgl. Art. 2 I GG, §§ 138, 817, 825 BGB. Es bleibt nur die Frage, ob er für den Verschuldensbegriff möglich ist.

a) Die Vereinbarkeit eines solchen sittlichen Schuldbegriffs mit der Funktion des objektiver Verschuldensbegriffs

Diese Frage ist aus der Funktion des objektiven Verschuldensbegriffs zu beantworten. Der objektive Verschuldensbegriff hat drei Funktionen, die Prävention, die Zurechnung der Schadensfolge und den Schutz der Handlungsfreiheit. Die Bezugnahme ist dann möglich, wenn sie in keinem Widerspruch zu den drei Funktionen steht.

aa) Der Prävention

Bei der Funktion der Prävention tritt kein Widerspruch auf, da auch die sittliche Schuld eine Entscheidungsmöglichkeit voraussetzt, ja dieser Forderung erst entspricht, also an das mögliche Verhalten und nicht an einen blinden Kausalprozeß ihr Werturteil anknüpft.

bb) Der Zurechnung der Schadensersatzpflicht

Die Zurechnung der Schadensersatzpflicht erfolgt nicht allein aufgrund des Verschuldens und nicht nur bei Verschulden. In allen Fällen ist auch die Kausalität der Handlung notwendig. Dem entspricht der Begriff der sittlichen Schuld, da diese nur vorliegt, wenn die nicht erworbene Fähigkeit und Handlungsbereitschaft den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Neben dem Verschulden erfolgt eine Zurechnung insbesondere auch aufgrund eines erlaubten Risikos (Gefährdungshaftung). Der Begriff der sittlichen Schuld steht dazwischen, da er einerseits Vorwerfbarkeit voraussetzt, andererseits aber infolge der Zeitdifferenz das Moment eines Nichterwerbs und Nichtübens der betreffenden Handlungsbereitschaft auf eigenes Risiko enthält. Ein Widerspruch zwischen dem Begriff der sittlichen Schuld und der Funktion der Zurechnung kann jedenfalls nicht festgestellt werden.

1) sh. oben § 2 4 a, S. 8 ff

cc) Dem Schutz der Handlungsfreiheit

Der Schutz der Handlungsfreiheit durch das Verschuldensprinzip wird immer betont, wenn die Forderung nach einer allgemeinen Gefährdungshaftung erhoben wird ¹⁾ und von der verhaltensbezogenen Unrechtslehre aus, wenn normgemäßes Verhalten dennoch als rechtswidrig bezeichnet wird. ²⁾ Die Bedeutung des Arguments liegt darin, daß alle Handlungen, welche sich nicht "über das Niveau der ganz gewöhnlichen normalen" ³⁾ Vorgänge ⁴⁾ erheben, nur bei einem schuldhaften Verstoß ersatzpflichtig machen dürfen, da bei diesen Handlungen keine Möglichkeit besteht sie generell zu unterlassen. ⁵⁾ Für die Menschen, die nicht in der Lage sind, in notwendigem Umfang die automatisierten Handlungsbereitschaften zu erwerben und zu erhalten und die nach den §§ 827, 828 als zurechnungsfähig angesehen werden müssen, bedeutet der objektive Verschuldensbegriff und der der sittlichen Schuld eine Einschränkung der Handlungsfreiheit. Ein Widerspruch besteht dennoch nicht, da diese Einschränkung nicht durch die Anwendung des Begriffs der sittlichen Schuld herbeigeführt würde, sondern geltendes Recht ist. Soweit aber die notwendigen automatisierten Handlungsbereitschaften erworben werden können, erscheint es zumutbarer, diesen Erwerb zu fordern, als den Geschädigten ohne Ersatz seines Schadens zu lassen.

dd) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzustellen, daß für die Bereiche, in denen der Verschuldenszusammenhang fehlt, da die Entscheidungsmöglichkeit zu weit in der Vergangenheit zurückliegt, der Begriff der sittlichen Schuld mit dem objektiven Begriff des Verschuldens im BGB und mit dessen Funktionen vereinbar ist.

b) Der sittliche Schuldbegriff als Anforderung zur Ausbildung von Fähigkeiten und Einstellungen. Seine rechtliche Durchführbarkeit

Der sittliche Verschuldensbegriff ändert jedoch die Anforderungen, die von der Rechtsordnung an das Verhalten des Schädigers gestellt werden. Nach dem subjektiven Verschuldens-

1) So bereits Rümelin, Gründe, S. 28

2) Nipperdey, NJW 67, 1989 r.Sp.

3) Normal ist dabei relativ zu verstehen. Der Gebrauch elektrischen Stroms, fließenden Wassers, öffentlicher Verkehrsmittel, Gas usw. ist heute normal.

4) Rümelin, Gründe, S. 48

5) Rümelin bezeichnet daher diese Handlungen als die äußerste Schranke einer möglichen, denkbaren Gefährdungshaftung; Gründe, S. 48

begriff wird grundsätzlich die Unterlassung einer schädigenden Handlung bzw. die Vermeidung einer Gefahr gefordert. Der sittliche Verschuldensbegriff fordert dagegen - ohne aktuellen konkreten Bezug - die Ausbildung bestimmter Fähigkeiten, Handlungsbereitschaften und deren Erhaltung. Die Frage lautet nicht mehr in erster Linie 'was darf ich tun?' sondern 'wie darf ich es tun?' In seiner Anmerkung zum Hühnerpestfall formuliert dies Deutsch dahin, daß "durch die Umpolung der erforderlichen Sorgfalt vom Vermeiden der Gefahr zur rechten Steuerung der Gefahr im technischen Zeitalter die Verschuldenshaftung eingeschränkt worden sei.¹⁾ Diese Umpolung des Verschuldensbegriffs stellt die alte Frage nach den Überspannungen der Anforderungen neu. Wieviel Lern- und Übungspflichten zur Ermöglichung einer sinngemäßen Selbstbestimmung und Teilnahme am Rechtsverkehr können vom einzelnen verlangt werden? Welche Qualität in der Ausübung des Erlernten kann gefordert werden? In charakterlicher Hinsicht ist es die Frage danach, inwieweit der Egoismus des einzelnen berücksichtigt werden muß und in wirtschaftlich-finanzieller Hinsicht die Frage nach der Zumutbarkeit.

Die letzte Frage ist am leichtesten zu beantworten. Im System der Marktwirtschaft genügt die Einhaltung der Wettbewerbsgleichheit und die Versicherungsmöglichkeit, um die Frage nach der Zumutbarkeit zu bejahen, da unter diesen Bedingungen die Haftung überwälzbarer²⁾ Kostenfaktor ist.³⁾ Darauf hat bereits Mataja hingewiesen.⁴⁾ Ihm ist auch der Hinweis auf den Zusammenhang zwischen 'Kostengerechtigkeit' des Produkts und den Wertvorstellungen einer Gesellschaftsordnung der Marktwirtschaft zu verdanken. Da sich der Konsument in seinen Dispositionen nach dem Preis richtet, tritt bei dauernd nicht 'kostengerecht' Preis eine Verzerrung der individuellen, und damit über dem Markt, der allgemeinen Wertskala ein.

Im Zeichen des Umweltschutzes hat dieser Hinweis auf die ökonomische Grundlage unserer Wertskala neue Aktualität erlangt. Mataja bringt als Beispiel Schäden durch Abholzen von Wäldern, gesundheitsgefährdende Betriebe, Beeinträchtigung des Fischfangs durch die Verschmutzung von Seen und Flüssen. Heute sind das einleuchtende Beispiele für die Wertver-

1) Deutsch, JZ 69, 392 (Ziff. 5) eine Einschränkung liegt allerdings nur vom Standpunkt eines subjektiven Schuldbegriffes aus vor.

2) A.A. offenbar Lange, Gutachten, S. 7, der von einer Risikoverlagerung auf den wirtschaftlich Starken spricht.

3) Oder sogar, wie für den reformierten § 831, überhaupt keine zusätzlichen Kosten verursacht; sh. dazu oben § 11 III 4 d, S. 86 ff

4) Mataja, S. 127 ff

zerrung zwischen Preis und tatsächlicher Nutzenrelation eines Produktes oder einer Dienstleistung. Das für damals eindrucksvolle Beispiel war jedoch der niedrige Lohn für Kinderarbeit, verglichen mit den dadurch bedingten Gesundheitsschäden und Folgelasten für die Volkswirtschaft. ¹⁾ Die Kritik Matajas am Recht geht nun dahin, daß "eine irgendwie geartete Verantwortlichkeit gefordert werden (muß), weil andernfalls durch das Recht eine volkswirtschaftlich falsche Wertschätzung der Güter hervorgerufen wird. " ²⁾ Diese Ausführungen Matajas zeigen, daß die "freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung" ³⁾ des Menschen nicht nur Grundlage der Verschuldenshaftung ist, sondern unter der Voraussetzung einer freien Marktwirtschaft ihre gemeinschaftsbezogene Entsprechung im System der Gefährdungshaftung findet.

Die erste Frage nach dem Maß der Rücksichtnahme auf den Egoismus ist schwerer zu beantworten. Für die meisten Risiken liegt es jedoch auch im eigenen Interesse des einzelnen, die entsprechenden Handlungsbereitschaften und Fähigkeiten zu erwerben. Die sachgemäße Wahrnehmung der eigenen Interessen zu fordern, kann aber keine Überspannung darstellen.

c) Ergebnis

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß der sittliche Verschuldensbegriff geeignet ist, als Grundlage für die Verschuldenshaftung im System der unerlaubten Handlung zu dienen, so daß der objektive Verschuldensbegriff des BGB auf diesen sittlichen Schuldbegriff zurückgeführt und daher als ein echter Schuldbegriff verstanden werden kann.

2. Die Haftung der Individualität

Auch dieser sittliche Verschuldensbegriff deckt nicht alle Fälle einer Haftung nach dem objektiven Verschuldensbegriff des BGB. So werden von ihm, weder der Fall des Pkw-Fahrers mit dem nicht erkennbaren Augenfehler, ⁴⁾ noch die fehlerhafte Operation vom 23.4.1945 erfaßt. ⁵⁾ Ferner ergeben sich aus der Tatsache, daß die menschliche Aufmerksamkeit und Aufnahmefähigkeit begrenzt ist, und alle äußeren Reize eine Reizschwelle überwinden müssen, unvermeidbare Fehler mit der Möglichkeit von Schäden als Folge.

1) Mataja, S. 23-25

2) Mataja, S. 24

3) BGHSt (GS) 2, 194 (200)

4) BGH JZ 68, 103; sh. zu dieser Entscheidung oben § 9 II, 5., S. 61

5) BGH LM Nr. 15 (C) zu § 286 ZPO = VersR 53, 338; sh. auch oben § 9 II 6., S. 61

Auch die Handlungen Geistesschwacher und früh Geschädigter fallen unter diesen Begriff, obwohl eine sittliche Schuld hier ebenfalls zu verneinen ist. Hinzu kommt die Überlegung, daß die sittliche Schuld desto geringer wird, je weiter man in die individuelle Vergangenheit zurückgehen muß, um eine Entscheidungsmöglichkeit zu finden, aufgrund welcher der Erwerb der notwendigen Handlungsbereitschaft und Fähigkeit möglich gewesen wäre.

a) Ist für anlage- oder konstitutionsbedingte Schäden eine Verschuldenshaftung überhaupt möglich?

Es stellt sich hier die Frage, ob für diese Fälle überhaupt irgend ein Verschuldensbegriff in der Lage ist, seine Funktionen zu erfüllen.

Die Funktion der Prävention setzt die Möglichkeit voraus, sich anders entscheiden zu können. Diese Möglichkeit besteht für die hier in Frage stehenden Fälle nicht. Auch die Funktion, den Schaden dem Schädiger zuzurechnen, entfällt, da weder objektive noch sittliche Schuld begrifflich möglich ist. Auch ein Handlungsspielraum wird nicht gewährt.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß keine Funktion des objektiven Verschuldensbegriffs für diese Fälle zum Tragen kommt. Da der Schaden dem im dargestellten Sinne schuldlosen Schädiger dennoch zugerechnet wird, bleibt die Frage, was als Zurechnungsgrund angesehen werden kann. Die Kausalität zwischen Handlung und Schaden liegt vor. Sie ist jedoch in keinem Fall, auch nicht bei der Gefährdungshaftung alleiniger Zurechnungsgrund. ¹⁾

b) Rümelin und Strohal: Haftung für Individualität

Den richtigen Gesichtspunkt hat Rümelin ²⁾ unter Berufung auf Strohal ³⁾ bei der Frage vorgetragen, ob eine Billigkeitshaftung für Zurechnungsunfähige berechtigt sei. Rümelin sieht den Grund der Schadenszurechnung darin, daß jeder einzelne für die Anlagen seiner Individualität einzustehen habe. "Es ist ein Grundgesetz des menschlichen Daseins, daß jeder das Individuum ist, daß er ist, und eine Grundbedingung des menschlichen Zusammenlebens, daß jeder für das eintreten muß, was Ausfluß seiner Individualität ist." ⁴⁾

1) Rümelin, Gründe, S. 26; Lorenz II, § 77 I, S. 535; Esser, Gefährdungshaftung, S. 93/94; "Der zu ersetzende Haftpflichtschaden (muß) in einem gewissen 'Gefährdungszusammenhang' zu dem jeweiligen Betrieb stehen," Esser II, § 116 I 1, S. 492

2) Rümelin, Gründe, S. 67/68

3) Strohal in den drei Gutachten zum österreichischen Advokatentag von 1880, S. 149

4) Strohal, aaO, S. 149 nach Rümelin, Gründe, S. 67/68

Es ist sicher richtig, daß die Individualität eines Menschen nicht nur seine Würde, sondern auch sein Schicksal ist. Man kann diese auch als Haftungsgrund ansehen.¹⁾ Die allgemein physiologischen Voraussetzungen des Menschen, wie sie sich in der begrenzten Aufnahme- und Reaktionsfähigkeit (Reizschwellen, Ermüdung) zeigen, müssen allerdings in diesen Haftungsgrund miteinbezogen werden. Dieser Haftungsgrund ist jedoch, wenn man von einer religiösen Begründung der einzelnen menschlichen Existenz absieht, dem Satz "casus sentit dominus" verwandt, da dann diese Eigenschaften für den einzelnen ein Zufall sind. Die Individualität des Täters stellt somit auf der individuellen Ebene genauso ein ultimum refugium dar, wie der Satz casum sentit dominus. Ob dies auch im Sinne eines notwendigen Verzichtes "auf eine im höchsten Sinne gerechte Verteilung der Lebensgüter"²⁾ gilt, ist wiederum von der Vorfrage abhängig, ob man die Individualität eines Menschen als Zufall ansieht oder religiös begründet.

c) Billigkeitshaftung für diese Fälle, Reformvorschlag

Rümelin benutzte das Argument des Entstehens für die eigene Individualität, um den Schritt von der Haftung nach dem objektiven Verschuldensbegriff des Zivilrechts zu einer Billigkeitshaftung für Unzurechnungsfähige zu begründen. Dem ist zuzustimmen. Für die vorliegende Arbeit ist jedoch die Frage in die andere Richtung zu stellen, ob nicht auch für diese Fälle einer Haftung für Individualität unter dem objektiven Verschuldensbegriff eine Billigkeitshaftung zu fordern ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist die im Referentenentwurf vorgesehene Reduktionsklausel des § 255 a zu begrüßen. Es entspricht jedoch der Zurückführung des objektiven Verschuldensbegriffs auf einen sittlichen Schuldbegriff, wenn entsprechend der Pflicht, die notwendigen Handlungsbereitschaften und Fähigkeiten zu erwerben und zu erhalten, auch der übliche finanziell zumutbare Versicherungsschutz verlangt wird.³⁾ Daher ist der Begründung des Referentenentwurfs zuzustimmen, daß eine Reduktion unter diesen Versicherungsschutz nicht erfolgen sollte.⁴⁾

Zu diesem für die individuell verursachten Schäden angeführten Argument, keine Reduktion

1) Larenz spricht von einer Gefährdungshaftung für den Zustand der eigenen Person, Larenz II, § 71 II, S. 455; Esser II, § 106 II, S. 394

2) Rümelin, Gründe, S. 14

3) 1971 kostete die Privathaftpflicht-Versicherung DM 49.50 jährlich. Sh. auch oben § 11 III 4 d, S. 86

4) Referentenentwurf II, S. 51

unter den üblichen und zumutbaren Versicherungsschutz vorzunehmen, kommt bei Schäden im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit ein weiteres von Mataja ¹⁾ stammendes Argument hinzu. Für diese beruflich bedingten Schäden ist es nicht nur ein sittlich zu begründendes Gebot, für den Schadensausgleich Vorsorge zu tragen, sondern dieser Schadensausgleich muß im Interesse einer richtigen Wertbildung für die Produkte und Dienstleistungen der Marktwirtschaft gefordert werden.

1) Mataja, S. 23 ff

LEBENS LAUF

Am 29. April 1939 wurde ich, Stephan Mommer, in Brüssel/Belgien geboren. Meine Eltern sind Dr. rer. pol. Karl Mommer und seine Ehefrau Dr. phil. Simone, geb. De Grave.

Ich besuchte die Volksschule und das naturwissenschaftliche Gymnasium in Stuttgart. Im März 1958 legte ich dort die Reifeprüfung ab. Im Sommersemester 1958 nahm ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften in Tübingen auf. Dort bestand ich im Sommersemester 1964 mein erstes juristisches Staatsexamen. Nach meinem juristischen Vorbereitungsdienst, den ich in Baden-Württemberg ablegte, bestand ich im Juli 1968 die zweite juristische Staatsprüfung.

Im Wintersemester 1969/70 und im Sommersemester 1970 war ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz immatrikuliert. Zur Zeit bin ich in der Industrie-Abteilung einer Versicherungsgesellschaft angestellt.

Am 13. Juli 1972 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab.

